غياب الشخص عن موطنه

دراسة مقارنة
فى بعض النظم القانونية المعاصرة



دكتور
عابد فايد عبد الفتاح فايد
دكتـوراه فى الحـقـوق
من جامعة السوربون (باريس ١)
أستاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقـوق - جامعة حلوان


دار الجامعة الجديدة



٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com   info@darggalex.com

غياب الشخص عن موطنه
دراسة مقارنة في بعض
النظم القانونية المعاصرة

غياب الشخص عن موطنه

دراسة مقارنة

في بعض النظم القانونية المعاصرة

الدكتور

عابد فايد عبد الفتاح فايد

دكتوراه في الحقوق من جامعة السوربون(باريس١)

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق – جامعة حلوان

2014م



٣٨–٤٠ ش سوتير – الأزاريطة – الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ ﴾

صدق الله العظيم

(العنكبوت: الاية٦٩)

تقديـــــم
بين يدي البحث

يسود الفقه القانوني عدة تقسيمات لفروع القانون، منها تقسيم القانون إلى عام وخاص، ومنها تقسيم فروع القانون إلى قانون مستقل لا يرتبط بغيره من فروع القوانين من حيث مصطلحاته وتعريفاته وأحكامه، وقانون تابع يتبع غيره من فروع القانون في القواعد والأحكام.

ويقصد بالقانون المستقل عدة معان: أولا: أنه قانون له أدواته الخاصة وتعريفاته وأحكامه، ثانيا: أنه قانون يتمتع بالأولوية في التطبيق فإن لم يوجد نص فيه تطبق الأحكام العامة في المسائل التي يحكمها هذا القانون. وأخيرا يقصد بالقانون المستقل القانون الذي ينظم مسائل تتمتع بالأصالة والسمو والرفعة على غيرها من القوانين. ونرجح هذا المعنى الأخير.

ومما لا شك فيه تمثل مسائل الأسرة أو قوانين الأسرة أولى القوانين المستقلة. وهذا لا يعني أن هذه القوانين لا يمكن أن تكون محلا لتعديل أو تطوير، فكثيرا ما كانت قوانين الأسرة محلا للتعديل والتطوير ([1])، إنما يعني أن هذه القوانين قوانين أصيلة سابقة على كثير من الأنظمة القانونية المعروفة، ولهذا فهي تحتوي على قواعد لا يمكن تعديلها أو تغييرها، والأمثلة على ذلك قواعد الميراث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وربما يرجع ذلك إلى أن أحكام الأسرة هي المميز للنظم القانونية عن غيرها. فكل القوانين تعرف نظريات العقود والأموال والملكية بشكل متماثل أو متقارب في حين أنها تختلف في قوانين الأحوال الشخصية والمواريث، وذلك لأن هذه القوانين الأخيرة تعكس الجوهر الحقيقي لكل نظام.

---

(١) وخاصة في القانون الفرنسي. انظر في هذا المعنى:

Alain SERIAUX, " La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris", RTD civ., 1997, p.53.

لذلك فالادعاء بأن القانون المصري والقانون الفرنسي يتفقان على طول الخط في الفلسفة القانونية يكون خلوا من الأساس (١).

أن كثيرا من التشوهات القانونية في النظام المصري تعود إلى ارتباطه، ولو جزئيا، بالقانون الفرنسي. فالأحوال الشخصية والمواريث في القانون الفرنسي تعكس فلسفة تختلف عن مثيلتها في القانون المصري. ولذلك نرى أن ارتباط القانون المصري بنظيره الفرنسي في الفلسفة القانونية أدى إلى أن يهمل هذا الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية ويتركه دون أدنى محاولة للتنسيق بينه وبين الجزء ذي الفلسفة اللاتينية. لهذا نجد أن التناقضات كبيرة بين هذا الجزء اللاتيني وبين الجزء الآخر، الشرعي، الذي يمثل الجوهر والأساس لنظامنا القانوني ويعكس الكنه الحقيقي لنا.

ولأن فرنسا لا تعاني من مثل هذه الازدواجية فإنها تولي هذا القسم، ونعني به الأحوال الشخصية، اهتماما بالغا وتحاول الربط بينه وبين القسم المالي في القانون المدني. لهذا نجد كثيرا من الدراسات الهامة التي تعالج علاقة الجزء الشخصي بالجزء المالي في القانون المدني (٢).

مما تقدم تبدو أهمية القيام بدراسات وبحوث وعقد مؤتمرات تتناول أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وتعرض التحديات التي تواجهها في العصر الحالي، خاصة تلك الآتية من قبل المعاهدات والمؤتمرات الدولية التي يكون الهدف منها، غالبا، أن تتنازل الدول الإسلامية عن هويتها وأن تتبع ما يقره المجتمع الغربي من أحكام.

والموضوع الذي بين أيدينا وإن كان لا يظهر فيه جليا مثل هذا التغريب، إلا أنه يبين متانة وأصالة واستقرار الأحكام الموضوعية في الشريعة الإسلامية-

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، رسالة باريس ١٩٦٥.

(٢) انظر على سبيل المثال:

La propriété littéraire et artistique et le droit patrimonial de la famille, Colloque du 20 juin 2001, tenu à l'Hôtel de la compagnie des notaires de Paris, Defrénois, 2001.

التي تمثل مصدر القانون المصري في الأحوال الشخصية- على خلاف ما هو موجود في القوانين الأوربية وخاصة القانون الفرنسي.

د.عابد فايد

المنصورة في: ٢١ محرم ١٤٣٠هـ

١٨ يناير ٢٠٠٩م

المقدمة

١- أثارت بعض الحوادث المؤلمة وأعادت إلى السطح موضوع غياب الشخص عن موطنه وربما فقده في ظروف غامضة.

في البداية نقرر أن المنطقة العربية والإسلامية قد شهدت عددا من الحروب في السنوات الماضية[١]، بالإضافة إلى ما يوجد من القلاقل والفتن الداخلية في بعض الدول العربية [٢]، والمشكلة الدائمة للشعب الفلسطيني والتي تتطلب مواجهة مستمرة مع المحتل الإسرائيلي. كل هذه الحروب والمواجهات تؤدي إلى فقد العديد من الأفراد، الأمر الذي يتطلب مواجهة تشريعية وقضائية لغياب الأشخاص بسبب الحرب.

من ناحية أخرى، وعلى الجبهة الداخلية، أثارت فاجعة غرق العبارة السلام ٩٨ في سنة ٢٠٠٦، ومن قبلها فاجعة العبارة سالم اكسبريس ١٩٩١، وغيرها من الحوادث والكوارث الأليمة، قضية غياب الشخص عن موطنه أو فقد الشخص وانقطاع أخباره. وبهذا الشكل جددت هذه القضية مشكلة كيفية التصرف حيال الأشخاص الذين يغيبون في ظروف يغلب فيها احتمال هلاكهم، ومتى نحكم باعتبارهم أمواتا، وما هي المدة الكافية للقيام بذلك.

وإزاء عدم كفاءة الحكومة في معالجة الفساد والإهمال الموجود في قطاع النقل، وخاصة النقل البحري، تلجأ هذه الأخيرة دائما إلى تعديل النصوص القانونية التي تنظم المسألة ظنا منها أنها بذلك ترضي أهالي الضحايا وتهدئ الرأي العام [٣].

٢- والقضية بهذه الخصوصية تكفي للبحث والدراسة. غير أن ضمان

---

(١) الحرب العراقية الإيرانية- الغزو العراقي للكويت- حرب الخليج الأولى- حرب الخليج الثانية.

(٢) مثل لبنان والعراق.

(٣) وللأسف تتعاون وسائل الإعلام مع الحكومة في تغمية الحقيقة على المواطنين والتغرير بهم من أجل التنصل من المسئولية. كذلك تلجأ إلى التضخيم من بعض القضايا الوطنية، مهما كانت النتائج، من أجل التغطية على موضوع غرق العبارة. مثال ذلك إثارة الذعر بين المواطنين من مرض أنفلونزا الطيور.

وتأكيد منفعة البحث قد يلزم الباحث بمد نطاق بحثه إلى حالات مشابهة أو حالات بمعنى أدق يستوعبها اصطلاح " الغياب" أو " الغيبة". وهذا المد البحثي تقتضيه أيضا الضرورة العلمية. فصياغة المفاهيم قد تتطلب عدم الاقتصار على هذا الفرض أو ذاك إنما تستلزم نوعا من العمومية والشمول.

ولهذا السبب يدور البحث الذي بين أيدينا حول فكرة الغياب في القانون المدني أيا كانت صوره والآثار التي تترتب عليها.

٣- صور الغياب: يميز القانون الفرنسي، كما سنرى، بين ثلاث درجات للغياب: عدم الحضور، الغيبة والفقد.

ويقصد بعدم الحضور عدم وجود الشخص في المكان الذي كان يجب أن يوجد فيه، سواء بالرغم منه أو برضاه.وبسبب هذا، لا يستطيع الشخص أن يعبر عن إردته.

أما الغيبة فيقصد بها انقطاع الشخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته وانقطاع أخباره مدة طويلة، مما يجعل وفاته أمرا محتملا.

ويقصد بالفقد غياب الشخص في ظروف من شأنها أن تعرض حياته للخطر مما يرجح أنه قد مات ولكن لم يتم العثور على جثته.

والفرق بين الغيبة والفقد في القانون الفرنسي يكمن في احتمالية الوفاة في الأول وترجح حدوثها في الثاني.

وقد انتقد هذا النظام على أساس أن ما يتحدث عنه القانون الفرنسي باعتباره غيبة ما هو إلا صورة من صور الفقد ولكن في ظروف يغلب معها الهلاك، لهذا يرى الفقه أن من الأفضل أن تخضع هذه الصورة للنظام القانوني للفقد [١].

في المقابل، يمكن التمييز، في غالبية الأنظمة المقارنة، بين درجتين للغياب فقط: عدم الحضور والفقد. ويعني عدم الحضور عدم وجود الشخص في

---

(١) انظر في هذا الاتجاه، على سبيل المثال: د. على سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

المكان الذي يجب أن يوجد فيه عادة، وعدم الحضور هذا لا يثير أية شك حول حياة الشخص غير الحاضر. أما الفقد فيعني غياب الشخص في ظروف يستشف منها أنه قد مات.

٤ـ الإطار المقترح لدراسة أحكام الغياب عن الموطن:

نقترح أن تتم دراسة أحكام غياب الشخص عن موطنه كنظام قانوني واحد، يشمل جانبي الغياب: عدم الحضور والفقد.

ولا يعني هذا التناول إخضاع الصورتين للأحكام نفسها، ولكن على العكس تخضع الفكرتان لأحكام وقواعد مشتركة في مرحلة معينة (المرحلة الأولى من الغياب) وهو ما يمكن تسميته بالنظام القانوني العام لغياب الشخص عن موطنه، ثم يخضع الغياب لأحكام متميزة إذا تطور إلى أقصى صورة يمكن أن يصل إليها وهي صورة الفقد (المرحلة الثانية من الغياب)، وهو ما يمكن أن نطلق عليه بالنظام القانوني الخاص للغياب [1].

وأخيرا، تأتي المرحلة الثالثة والأخيرة، وهي المتعلقة باحتمالية ظهور الشخص الغائب حيا بعد ما اعتبر في نظر القانون ميتا.

٥ـ النظم القانونية محل الدراسة: تنصب الدراسة التي بين أيدينا على تناول المركز القانوني للشخص الذي يغيب عن موطنه، أيا كانت صورة هذا الغياب، في بعض النظم القانونية المعاصرة.

فتركز الدراسة في الأساس على المقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري، ولما كان القانون المصري يستمد قواعده المتعلقة بهذه المسألة من الشريعة الإسلامية، فسوف نعرض لحكم هذه الأخيرة كلما تيسر ذلك، كما نشير في هذه الدراسة إلى الوضع في مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الذي أقرته جامعة الدول العربية في عام ١٩٨٨ [2]، وأقرته قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية غير مصر.

---

(١) مع ملاحظة أن الفقد قد لا يأتي نتيجة استمرار الغياب العادي، بل قد يأتي بدون مقدمات كان يغيب الشخص في ظروف يغلب معها عدم التأكد من حياته أو مماته.

(٢) اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم ١٠٥– د٦ – ١٤٠٨/٨/١٧ هـ –١٩٨٨/٤/٤ م.

وإذا كنا سنعرض للقانونالفرنسي والقانون المصري وبعض قوانين الدول العربية الأخرى التي تستقي أحكامها من نبع الشريعة الإسلامية كمصدر قانوني معاصر، فإننا لن نغفل الإشارة كلما تيسر لنا إلى قوانين بعض الدول الأوربية التي تشكل القانون الروماني والجرماني، مثل القانون السويسري والقانون الإيطالي والقانون الألماني.

٦ـ خطة الدراسة:

وفي هذا البحث نحاول أن نتناول المفهوم القانوني لغياب الشخص عن موطنه، أيا كانت صورته (الباب الأول)، وتقرير غياب الشخص عن موطنه(الباب الثاني)، والحكم بموت الشخص الغائب (الباب الثالث)، وأخيرا الآثار التي تترتب على ظهور الغائب حيا بعد الحكم بموته (الباب الرابع).

الباب الأول

مفهوم غياب الشخص عن موطنه

الباب الأول

مفهوم غياب الشخص عن موطنه

٧- ننشغل في هذا الخصوص ببيان التعريف بفكرة غياب الشخص عن موطنه (في فصل أول)، ثم نعرض سريعا لأهم القواعد التي تحكمها في بعض النظم القانونية المعاصرة (في فصل ثان).

الفصل الأول

التعريف بفكرة
غياب الشخص عن موطنه

الفصل الأول
التعريف بفكرة غياب الشخص عن موطنه

٨- للتعريف بفكرة الغياب نميز فيما يلي بين المعنى اللغوي للغياب (المبحث الأول)، والتعريف الاصطلاحي أو القانوني له (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المعنى اللغوي للغياب

٩ـ كلمة غياب مصدر من فعل غاب.

فقد جاء بالمعجم الوجيز: غاب – غيبا وغيبة وغيابا: خلاف شهد وحضر. والجمع: غيب وغياب [١].

وجاء في لسان العرب لابن منظور: غابَ الرجلُ غَيْباً ومَغِيباً وتَغَيَّبَ: سافرَ، أو بانَ.

وقومٌ غُيَّبٌ، وغُيَّابٌ، وغَيَبٌ: غائِـبُون؛ الأَخيرةُ اسم للجمع،

وصحت الياءُ فيها تنبيهاً على أَصل غابَ. وإِنما ثبتت فيه الياء مع التحريك لأَنه شُبِّهَ بصَيَدٍ، وإِن كان جمعاً، وصَيَدٌ: مصدرُ قولِك بعيرٌ أَصْيَدُ، لأَنه يجوز أَن تَنْويَ به المصدر. وفي حديث أَبي سعيد: إِن سَيِّدَ الحيِّ سَلِـيمٌ، وإِن نَفَرنا غَيَبٌ أَي رجالُنا غائبون.

والغَيَبُ، بالتحريك: جمع غائبٍ كخادمٍ وخَدَمٍ.

وهم يَشْهَدُون أَحْياناً، ويَتَغايَبُونَ أَحْياناً أَي يَغِـيبُون أَحْياناً. ولا يقال: يَتَغَيَّبُونَ. وغابَتِ الشمسُ وغيرُها من النُّجوم، مَغِـيباً، وغِـياباً، وغُيوباً، وغَيْبُوبة، وغُيُوبةً؛ عن الـهَجَري: غَرَبَتْ [٢].

---

(١) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة ١٤١٠ للهجرة، ١٩٩٠م، باب حرف الغين، فعل غاب، ص ٤٥٨.

(٢) لسان العرب لابن منظور، باب الغين، مادة غاب. وفيه أيضا:

امرأَةٌ مُغِـيبٌ، ومُغْيِـبٌ، ومُغِـيبةٌ: غابَ بَعْلُها أَو أَحدٌ مِن أَهلها؛ ويقال: هي مُغِـيبةٌ، بالهاء، ومُشْهِدٌ، بلا هاء.

وأَغابَتِ المرأَةُ، فهي مُغِـيبٌ: غابُوا عنها. وفي الحديث: أَمْهِلُوا

حتى تَمْتَشِطَ الشَّعِثَةُ وتَسْتَحِدَّ الـمُغِـيبةُ، هي التي غاب عنها زوجُها. وفي حديثِ ابنِ عَبّاس: أَنَّ امرأَةً مُغِـيبةً أَتَتْ رَجُلاً تَشتري منه شيئاً، فَتَعَرَّضَ لها، فقالتْ له: وَيْحَكَ!إِني مُغِـيبٌ! فتركها.

وبذلك يدل المعنى اللغوي للغياب في اللغة العربية على أنه يقصد به من لم يحضر ولم يشهد، سواء بسبب السفر أو غيره.

ويعني الغياب absence في اللغة الفرنسية ذات المعنى تقريبا.

فيقصد بالغياب في اللغة الدارجة عدم وجود الشخص في المكان الذي يجب أن يوجد فيه في لحظة معينة (١).

وفقا لهذا المعنى، يقال بأن الشخص غائب إذا خرج في قضاء حاجة له أو لغيره أو في حالة قيامه برحلة مثلا.

فالغائب بهذا المعنى هو غير الحاضر. فالشخص الذي لا يحضر اجتماع ما، والطالب الذي يغيب عن الدرس يكون غائبا (٢). ولكن في كل هذه الأحوال، لا يثور شك حول أنه حي، بالرغم من عدم وجوده.

ولا يتوقف المعنى اللغوي للغياب عند معنى عدم الحضور أو عدم شهادة موقف معين، بل يعني الفقد كذلك. ذلك أن من الفقد التفقد، وهو يعني تطلب ما غاب من الشيء (٣)، وهو مأخوذ من قول الله تبارك وتعالي عن سليمان عليه السلام: " وتفقد الطير فقال ما لي لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين" (سورة النمل: الآية: ٢٠).

(1) A. WEILL, F. TERRE, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, Précis Dalloz, 5 éd., 1983, n°11, p. 9: " Dans le langage usuel, l'absence est le fait de ne pas être présent en un lieu dans lequel on devrait se trouver à un moment déterminé".

(2) V. Le Robert Micro, Dictionnaire de la langue française, V°absence : 1. Le fait de n'être pas dans un lieu où l'on pourrait, où l'on devrait être...2. Le fait de manquer à une séance, un cours... 3. Le fait pour une chose de ne pas se trouver là où on s'attend à la trouver= manque. L'absence des feuilles aux arbres. 4. Le fait de ne pas exister =défaut, manque. L'absence de fautes dans une dictée.

(٣) لسان العرب لابن منظور، باب الفاء، مادة فقد.

المبحث الثاني

المعنى الاصطلاحي أو القانوني للغياب

١٠- لبيان المعنى القانوني للغياب نتناول الأمر في القانون المصري والشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم في القانون الفرنسي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المفهوم القانوني للغياب في القانون المصري والشريعة الإسلامية

١١- يقصد بالغائب في القانون المصري، " كل من هجر موطنه وماله راضيا أو مرغما ولو كانت حياته محققة وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون إدارة شئونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره" (١).

وهذا التعريف مستوحي من نص المادة ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال (٢). ويلاحظ أن القانون قد استعمل لفظ الغائب لا لفظ المفقود لأن اللفظ الأول أعم من اللفظ الثاني (٣).

---

(١) د. عبد الودود يحيى، د.نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، دراسات بكالوريوس التجارة في المعاملات المالية والتجارية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٢٥٤.

(٢) تنص المادة ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال على أن " " تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية:

متى كان قد انقضت مدة سنه أو أكثر علي غيابه وترتب علي ذلك تعطيل مصالحه.

أولا: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

ثانيا: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية، واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف علي من ينيبه في إدارتها".

(٣) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٣، رقم ١٨٤، ص ٣٧٩، هامش ٣.

وبهذا يشمل هذا التعريف الغائب المفقود الذي لا تعلم حياته أو وفاته، كما يشمل أيضا الشخص الذي تكون حياته محققة، ولكن تعذر عليه مباشرة شئونه أو الإشراف على من يباشرها نظرا لبعده عن موطنه(١).

وبهذا تكون الغيبة أعم من الفقد، إذ أن كل مفقود يعتبر غائبا ولكن بالعكس لا يعتبر كل غائب مفقودا.

وبخصوص الأحكام التي تحكم الغائب والمفقود، نصت المادة ٣٢ من التقنين المدني على أنه " يسري في شأن الغائب والمفقود الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

والقوانين الخاصة المشار إليها في المادة ٣٢ هي القوانين التي تحكم الأحوال الشخصية في مصر، وهي القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، والقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨، والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢، والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء محكمة الأسرة، والقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء صندوق تأمين الأسرة، والقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦.

فإن لم يوجد نص في القوانين الخاصة تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، كما صرحت بذلك المادة ٣٢ من التقنين المدني.

ويتوافق مع نص المادة ٣٢ من التقنين المدني نص المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، التي تقرر أنه " تصدر الأحكام طبقا

---

(١)د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، ١٩٨٤، ص ١٨؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، رقم ١٥٩، ص ٢٣٤؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، رقم ١٨٤، ص ٣٧٩، هامش٣.

لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة" (فقرة ١).

" ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥- طبقا لشريعتهم- فيما لا يخالف النظام العام" (فقرة ٢).

وتطبيقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة، يرجع بالنسبة للمصريين المسلمين فيما لم يرد بشأنه نص في قوانين الأحوال الشخصية إلى الرأي الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة.

ولا يفرق المذهب الحنفي، في معالجته للغائب، بين صورة وأخرى ولكن يخضعه لمعاملة واحدة، أيا كانت صورة الغياب (١).

أما بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة ويتوافر فيهم

---

(١) وتطبيقا لذلك، قضى المجلس الحسبي العالي بأنه يعتبر غائبا غيبة منقطعة، الرجل الذي يختفي فجاة، ويترك زوجته وأولاده بغير وكيل، ثم تمضي على ذلك سنتان بدون أن يرسل لهم شيئا من أخباره، وبدون أن يعرف أحد مقره، لأن مثل هذا الشخص لا تعلم حياته ولا وفاته، ولا يدري أحد مكانه، وهذا هو تعريف المفقود طبقا للمادة ٥٧١ من كتاب الأحوال الشخصية (٢٧ ابريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ عدد ٢٩٧ ص١٥٥)، وقضى أيضا بأن الغائب شرعا هو المفقود الذي انقطعت أخباره، ولا يعلم مكانه، ولا تعرف حياته أو مماته، فلا يصح أن يعتبر في حكم الغائب الشرعي الشخص الموجود في بلاد بعيدة، المعلوم أنه حي يرزق(٢٩ مارس سنة ١٩١٦ حقوق ٣١ ص ١٣٨)، أشار لهذه الأحكام، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، وهي طبعة مأخوذة من طبعة دار الكتب المصرية الصادرة في سنة ١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م، رقم ٣٣٦، ص ٣٤٤، هامش رقم ١.

وتعرف المادة ٥٧١ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المفقود بأنه " الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته". انظر: كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، طبعة ثالثة، مطبعة التأليف بالفجالة بمصر سنة ١٨٩٥، ناشره أمين هندية، ص ١٠٥؛ نسخة الكترونية على موقع: http://www.al-mostafa.com

باقي الشروط المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة الثالثة، فتطبق شريعتهم الملية على منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم.

وبالرجوع إلى بعض مصادر غير المسلمين من المصريين نجد أنها تتبع نفس النهج في تبني مفهوم واحد للغياب[1].

١٢- وإذا كان الفقه الحنفي لم يفرق بين الغائب والمفقود، فإن سائر المذهب الإسلامية قد ميزت بوضوح بين الأمرين.

المالكية: صنف المالكية الغائبين في خمس طوائف، وميزوا بين المفقود الذي لا يعرف مكانه والغائب الذي يعلم مكانه.

الشافعية: فرق الشافعية بين الغائب الذي انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته (المفقود)، والغائب الذي لم ينقطع خبره.

الحنابلة: فرق الحنابلة بين الغائب الذي لا تعلم حياته أو مماته (المفقود)، والغائب الذي كانت غيبته غير منقطعة يصل كتابه ويقف على خبره([2]).

---

(١)انظر على سبيل المثال لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ حيث نظمت في الباب الثامن (المواد ١٧١-١٧٩) أحكام الغيبة. ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض قد قضت بأن أحكام هذه اللائحة هي الواجبة التطبيق دون غيرها، ولا محل للتحدي بأحكام مجموعة سنة ١٩٥٥ (نقض أحوال شخصية، ٦ يونيه ١٩٧٣، الطعن رقم ٤ لسنة ٤٢ق): تشريعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الثالثة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١، هامش رقم١.

(٢) انظر في تفاصيل المسألة في المذاهب الفقهية المختلفة، بما فيها الظاهرية والشيعة الزيدية: د. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ -١٩٩٨م، ص ٢١٨ وما بعدها؛ نسخة الكترونية على موقع: http://www.al-mostafa.com

المطلب الثاني

المفهوم القانوني للغياب في القانون الفرنسي

١٣- كان القانون الروماني يتناول موقف الغائبين absents، أيا كانت صورة هذا الغياب.

وقد سار القانون الفرنسي القديم على ذات النهج.إذ تناول مركز الغائبين ولم يميز بين صورة وأخرى من صور الغياب [١].

ولم يتناول التقنين المدني الفرنسي الحالي (١٨٠٤) في البداية سوى التنظيم القانوني للغائبين، ولكن تحت تأثير الفروض الواقعية أصدر المشرع عدة تشريعات الهدف منها التيسير على الأشخاص. فبدلا من إتباع الإجراءات الطويلة للغياب، أمكن إعلان وفاة الشخص الذي يغيب في ظروف يكون من شأنها أن تعرض حياته للخطر.

وبهذا الشكل يوجد نظامان في القانون الفرنسي: نظام الغياب، ونظام الفقد.

وقد أدخل المشرع الفرنسي بعض الإصلاحات على نظام الغياب بمقتضى قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧.

١٤- ويميز الفقه الفرنسي بين ثلاث درجات للغياب [٢]، على النحو التالي:

---

(١) انظر حول موقف القانون الروماني وتأثيره على القانون المدني الفرنسي القديم بشأن مركز الغائبين:

J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Précis Dalloz, Paris, 2002, n°206 et s., p.252 et s.

(٢) انظر حول أقسام الغياب في الفقه الفرنسي:

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Introduction au droit, 5e éd., Litec, Paris, 2000, n°1044 et s., p.387 et s.; J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1995, préface de J. CARBONNIER, notamment n° 16 et s., p.26 ets. ; E.-S. de LA MARNIERRE, " De l'absence", Gaz. Pal., 1978,1, doc., p.239, spécialement n°1;

وانظر أيضا: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، نظرية الحق، ص ١٢٣، هامش رقم ١.

الدرجة الأولى: عدم الحضور. Non présence

ويعني عدم الحضور عدم وجود الشخص في مكان كان يجب أن يوجد فيه. مثل غياب الشخص عن جلسة أو تحقيق هو طرف فيه، وغياب الشخص عن المكان الذي يبرم فيه التصرف القانوني، الأمر الذي يستلزم أن ينعقد التصرف بين غائبين أو أن ينوب شخص أخر عن غير الحاضر في إبرام التصرف المطلوب.

ولكن عدم وجود الشخص لا يثير شك حول حياته. فكل الدلائل تشير إلى بقائه حيا وإن كان لا يعرف مكانه[١]. وقد استخدم المشرع اصطلاح غير الحاضر في المادة ٨٤٠ من التقنين المدني قديم [٢] قبل تعديلها سنة ٢٠٠٦.

الدرجة الثانية: الغياب: Absence

والغياب يعني عدم وجود الشخص في المكان الذي يوجد فيه غالبا، وانقطعت أخباره ولم يعد يعرف عنه ما إذا كان حيا أم ميتا. مثل اختفاء الشخص عن الظهور في الموطن أو المكان الذي يقيم فيه، وانقطاع أخباره وعدم التيقن من حياته أو مماته. وقد استخدم المشرع الفرنسي هذا المعنى في المادة ١١٢ من التقنين المدني[٣].

---

(1) Sur la non- présence, voir : M. VIVANT, " Le régime juridique de la non – présence", RTD civ., 1982, p.1; L. BARBIER, " absents et non présents, réflexions autour de la loi du 28 décembre 1977", Gaz. Pal, 1978,2, doc., p.450.

(2) Art.840 ancien du Code civil: " Les partages faits conformément aux règles ci-dessus prescrites au nom des présumés absents et non-présents sont définitifs ; ils ne sont que provisionnels si les règles prescrites n'ont pas été observées".

(3) Sur l'absence, voir autres que précédent : Ph. JESTAZ, " Absence", RTD civ., 1978, p.203 et s.

الدرجة الثالثة: الفقد: Disparition

والفقد يعني غياب الشخص في ظروف يغلب فيها الظن أنه لم يعد على قيد الحياة. مثل الذي يغيب في ظروف يغلب عليها الهلاك، مثل الذي يغيب في حرب أو على إثر غرق سفينة أو سقوط طائرة أو حريق هائل أو اضطرابات وأعمال عنف، وغير ذلك من الظروف المهلكة. فمن يغيب في مثل هذه الظروف يكون من المرجح أنه قد مات، ولكن لا يمكن بحث الوفاة ماديا نظرا لعدم وجود الجثة. ولهذا يلزم لاعتباره ميتا أن يصدر حكم بإعلان وفاته. وقد استخدم المشرع الفرنسي هذا الاصطلاح في المادة ٨٨ وما بعدها من التقنين المدني.

ويختلف الفقد عن الغياب في أن الوفاة في حالة الفقد تكون مؤكدة، أما الوفاة في حالة الغياب فتكون مفترضة، وبالتالي يميز بينهما طبقا للظروف التي يحدث فيها اختفاء الشخص(١).

١٥- وقد تعرض تنظيم المشرع الفرنسي للغياب والفقد للنقد نظرا لعدم تناسقه. وقد جاء هذا النقد من قبل بعض الباحثين المصريين، ومن قبل بعض الفقهاء الفرنسيين أنفسهم.

وفي ذلك يقرر البعض أن: " استعراض القوانين المتوالية التي صدرت بشأن المفقود يجزم بأنها لم تواجه سوى الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يمكن القطع معها بوفاتهم أو يكون من شأنها أن تعرض حياتهم للخطر. وهذا ما قررته المادة ٨٨ من التقنين المدني بعد التعديلات العديدة التي أدخلت عليها، والتي استهدفت جميعا إعفاء ورثة المفقود من إتباع الإجراءات الطويلة المعقدة التي وردت في الباب الرابع من الكتاب الأول من التقنين المذكور، بغية التيسير عليهم في إثبات الوفاة. ولعل هذا يفسر ما جرى عليه الفقه الفرنسي من تعريف المفقود بأنه " الشخص الذي يكون موته محققا، ومع ذلك لا يكون في مقدور موظف الأحوال المدنية تحرير شهادة الوفاة نظرا لعدم العثور على الجثة".

---

(1) Cf., Les références citées aux marges précédentes.

أما اصطلاح الغائب فلا ينصرف، وفقا لنصوص القانون الفرنسي، إلا إلى الأشخاص الذين يفقدون في ظروف لا يكون من شأنها أن تعرض حياتهم للخطر، أو بمعنى أخر، فإن هذا الاصطلاح لا يشمل سوى أولئك الذين يفقدون في ظروف يغلب على الظن معها بقاؤهم سالمين، كمن يسافر للسياحة أو التجارة ثم تنقطع أخباره، بحث لا يعلم أحي هو أم ميت. ومما يقطع بصحة هذا النظر أن القضاء والفقه قد استقرا قبل العمل بقانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ على عدم جواز تطبيق الأحكام التي وردت في شأن الغائبين على الأشخاص الذين تكون حياتهم محققة ولكن يستحيل عليهم مباشرة شئونهم نظرا لتواجدهم خارج الأراضي الفرنسية (أي غير الحاضرين). ولهذا فإن المشرع الفرنسي عندما أراد تطبيق تلك الأحكام، بصفة مؤقتة، على الأشخاص الذين حالت ظروف الحرب العالمية الثانية بينهم وبين إدارة أموالهم، وجد نفسه مضطرا إلى إصدار قانون يقرر ذلك صراحة (وهو قانون أول يوليو ١٩٤٢).

وفضلا عن هذا، فإنه لو كان اصطلاح الغائب ينصرف إلى هؤلاء الأشخاص (غير الحاضرين)، لما كانت هناك حاجة إلى النص في المادة ١٢٠ مدني جديد على تطبيق الأحكام الخاصة برعاية مصالح الغائبين وإدارة أموالهم على الأشخاص الذين تحول بينهم وبين إدارة شئونهم ظروف اضطرارية ناجمة عن بعدهم عن موطنهم. وهذا ما يفسر ما درج عليه الفقه والمشرع الفرنسيان من تعريف الغائب بأنه " الشخص الذي ينقطع عن الظهور في كل من موطنه ومحل إقامته دون أن يرسل بأخباره، بحيث لا يمكن التوصل إلى معرفة حياته أو وفاته".

ويخلص هذا الرأي إلى القول بأن التفرقة التي أقامها المشرع الفرنسي بين المفقود والغائب ليست سوى تفرقة ظاهرية، لأن كلا من هذين الاصطلاحين ينصرف إلى أشخاص تكون حياتهم محل شك، غاية ما في الأمر أن الاصطلاح الأول ينطبق على من يفقدون في ظروف يغلب فيها الهلاك، في حين يسري الاصطلاح الثاني على من يفقدون في ظروف ظاهرها السلامة[1].

---

(١) د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، ١٩٨٤، ص ٣٠ وما بعدها. ويرى المؤلف أنه لما كان هؤلاء وأولئك يندرجون تحت اصطلاح المفقود، سواء في نظر الفقه الإسلامي أو الفقه المصري، فإنه قد تناول أحكام القانون الفرنسي الخاصة بالغيبة على أنها تتعلق بالمفقود الذي يختفي في ظروف ظاهرها السلامة، كما يعرفها القانون المصري والفقه الإسلامي.

١٦- في نفس الاتجاه يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن المشرع بمقتضى المرسوم الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٤٥ بسحبه الفقد نحو الغيبة، بدلا من أن يميز بين النظامين، قد جعل من الفقد غيبة موصوفة. فالمختفي لم يعد يتميز بالتأكد من حياته ولكن باحتمالية وفاته. فكأن الفقد والحال كذلك أصبح غيابا ممتدا أو خطيرا، وفقا للظروف التي يتم فيها. وبالتالي، لم يعد هناك اختلاف من حيث الطبيعة بين النظامين: فبينما الوفاة محتملة في حالة الفقد، فإنها لن تكون إلا ممكنة في حالة الغيبة، ولكنها ليست مؤكدة لا في الحالة الأولى ولا في الأخرى[1].

أخيرا، أورد الأستاذ كورنو في معجم المفردات القانونية معنيين لمصطلح disparition[2]، الأول واسع يشمل مفهوم الغياب كما أورده المشرع الفرنسي في المادتين ١١٢ و١٢٤ من التقنين المدني، والثاني ضيق يشمل مفهوم الفقد كما عرفه المشرع في المادة ٨٨ من التقنين المدني[3]. كما تناول الأستاذ فيليب مالنفو، في مقدمة القانون، الغياب والفقد تحت عنوان الوفاة كنهاية للحياة، مؤكدا أن هاتين المشكلتين تمنعان من ملاحظة الوفاة أو إثباتها ماديا[4].

---

(1) D. VEAUX, " Absents et disparus", D.1947, chr.169 ;

مشار إليه في د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، ص ٣٢، هامش رقم ٤٢.

(2) G. CORNU (sous la direction de) Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, Quadrige, 2002, V° Disparition.

(3) Vocabulaire juridique, p.303 et s. " 1. (au sens large). Fait, pour une personne, d'avoir cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles (C.civ., a.112 et 124).

2. (au sens strict). Fait, pour une personne dont le corps n'a pas être trouvé, d'avoir disparu dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, qui justifie une déclaration judiciaire de décès (C.civ., a.88)".

(4) Ph. MALINVAUD, Introduction à l'étude du droit, 9e éd., Litec, Paris, 2002, n°296, p.204 : " Deux autres difficultés peuvent se rencontrer qui, l'une et l'autre, tiennent au fait que le décès ne peut être constaté".

الفصل الثاني

القواعد القانونية التي تحكم مسألة الغياب في القانون المقارن

الفصل الثاني
القواعد القانونية التي تحكم مسألة الغياب
في القانون المقارن

١٧- تنظم مسألة الغياب في القانون المقارن قوانين الأحوال الشخصية، وهي تبدأ عادة بتعريف الغائب والمفقود، ثم بيان طريقة إدارة أموال الغائب والمفقود، ثم الحكم بموت الغائب أو المفقود، وأخيرا احتمال ظهور الغائب أو المفقود الذي حكم بموته حيا.

١٨- تعريف الغائب والمفقود: تحكم مسألة الغياب (بما فيها الفقد) في القانون المصري قوانين الأحوال الشخصية، وقد بين حالات الغياب في المادة ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال. كما بين ظروف الفقد وحكمها في المادتين ٢١ و٢٢ من ذات القانون.

وفي القانون الفرنسي، بينت المادة ١١٢ والمادة ١٢٤ من التقنين المدني المقصود بالغائب، كما تناولت ظروف الفقد المادة ٨٨ من ذات التقنين.

ونذكر الوضع في قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية.

ونبدأ ببيان الوضع في مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، حيث نظم في الكتاب الثالث (الأهلية والولاية) الباب الثاني الخاص بالولاية الفصل السابع الغائب والمفقود.

وقد عرف هذا المشروع المقصود بالغائب والمفقود في المادة ١٩٢ منه التي تنص على أن:

"١- الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته.

٢- المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته".

وقد تبنت هذا المشروع قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية، نذكر منها قانون الأحوال الشخصية بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٥ الذي تناول تعريف الغائب والمفقود في المادة ٢٣٣ التي تنص على أن:

" ١- الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته.

٢- المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته".

كما نصت المادة ١٩٠ من قانون الأحوال الشخصية العماني على ذات الحكم [١].

١٩- إدارة أموال الغائب والمفقود: بعد إثبات الغيبة أو الفقد، تخضع أموال الشخص الغائب، أيا كانت صوره غيابه، لبعض القواعد التي تضمن إدارة أمواله والنيابة عنه.

وقد بينت هذه الأمور نصوص المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال في مصر، وكذلك قانون ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٧٧ في فرنسا.

وقد بينها أيضا مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادتين ١٩٣ و١٩٤ منه:

المادة (١٩٣): إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل، يعين له وكيل قضائي لإدارة أمواله.

المادة (١٩٤): تحصى أموال الغائب، أو المفقود عند تعيين وكيل قضائي عنه، وتدار وفق إدارة أموال القاصر.

كما تبنى قانون الأحوال الشخصية بدولة الإمارات العربية المتحدة هذين النصين في مادتيه ٢٣٤ و٢٣٥، وقانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان في المادتين ١٩١ و١٩٢ منه.

٢٠- انتهاء الغياب أو الفقد: تناول القانون المصري هذه المسألة في المادة ٧٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على

---

(١) المادة ١٩٠ من قانون الأحوال الشخصية العماني تنص على أن: " ١- الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته. ٢- المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته.

المال[1]. كما تناول القانون الفرنسي في التقنين المدني عودة الغائب كسبب لانتهاء الغياب (م ١١٨).

أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية فقد تناول في المادة ١٩٥ انتهاء الفقد، عندما قرر أن " ينتهي الفقدان:

- إذا تحققت حياة المفقود أو وفاته.
- إذا حكم باعتبار المفقود ميتا".

وهو نفس الحكم في قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (المادة ٢٣٦)، وقانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان (المادة ١٩٣) ولكن بألفاظ تشمل الغائب والمفقود[2].

٢١- الحكم بوفاة الغائب أو المفقود: قررت قوانين الأحوال الشخصية في مصر منح سلطة للقضاء أو للجهات الإدارية في بعض الأحوال للحكم باعتبار الشخص المفقود ميتا، وكذلك منح القانون الفرنسي للقضاء هذه السلطة.

وبالنسبة لقوانين الدول العربية الأخرى فلم تمنح هذه السلطة إلا للقاضي.

وقد نظم مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية هذه المسألة في مواده ١٩٦: ١٩٨:

المادة (١٩٦):

---

(١) تنص المادة ٧٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال على أن " تنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتا".

(٢) المادة ١٩٣ من قانون الأحوال الشخصية العماني تنص على أن: " ينتهي الغياب أو الفقدان:

-إذا تحققت حياة الغائب أو المفقود أو وفاته.

- إذا حكم باعتبار الغائب أو المفقود ميتاً ".

أ- على القاضي أن يحكم بموت المفقود إذا قام دليل على وفاته.

ب- للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الحالتين التاليتين:

١- إذا مرت فترة كافية على إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات.

٢- إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه، ومضت سنتان على إعلان فقده.

المادة (١٩٧): على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن المفقود، بكل الوسائل للوصل إلى معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا قبل أن يحكم بوفاته.

المادة (١٩٨): يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته.

وقد تناولت هذا التنظيم قوانين الأحوال الشخصية بدولة الإمارات العربية المتحدة (م ٢٣٧، ٣٢٣٨)، وسلطنة عمان (المواد ١٩٤: ١٩٦)[1].

٢٢- ظهور الغائب أو المفقود حيا بعد الحكم بوفاته: نظم القانون المصري هذه الحالة في المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بخصوص الزوجة أما الوضع بالنسبة للأموال فقد نظمته جزئيا المادة ٤٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣. وفي القانون الفرنسي، نظم التقنين المدني عودة الغائب أو المفقود الذي حكم بموته في المواد ٩٢، ١٣٠-١٣٢منه.

وقد نظم مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية هذه المسألة في المادة ١٩٩ منه التي تنص على أنه:

---

(١)المادة ١٩٤: " أ- على القاضي أن يحكم بموت الغائب أو المفقود إذا قام دليل على الوفاة.

ب - للقاضي أن يحكم بموت الغائب أو المفقود إذا مرت على الغياب أو الفقد أربع سنوات".

المادة ١٩٥: " على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن الغائب أو المفقود، بكل الوسائل للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بوفاته".

المادة ١٩٦:" يعتبر يوم صدور الحكم بموت الغائب أو المفقود تاريخاً للوفاة"".

" إذا حكم باعتبار المفقود ميتا ثم ظهر حيا فإنه:

١- يرجع على الورثة بتركته ما عدا ما استهلك منها.

٢- تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها".

وقد نصت قوانين الأحوال الشخصية بدولة الإمارات العربية المتحدة (المادة ٢٣٩[1]) وسلطنة عمان (المادة ١٩٧[2])على نفس هذا الحكم تقريبا.

٢٣- الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالغياب والفقد: تختص دوائر محاكم الأسرة بنظر المسائل المتعلقة بالغياب والفقد. تطبيقا للقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء محاكم الأسرة [3].

فقد نص هذا القانون في مادته الثالثة على أن " تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع المسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠".

وكان القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات

---

(١) المادة ٢٣٩: " إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً.

١- عادت زوجته إليه في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يدخل بها زوجها الثاني في نكاح صحيح.

ب - إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول.

ج - إذا تزوجها الثاني أثناء العدة.

٢- رجع على ورثته بتركته عدا ما هلك منها".

(٢) المادة ١٩٧: " إذا حكم باعتبار الغائب أو المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه:

١- يرجع على الورثة بالتركة ما عدا ما استهلك منها.

٢- تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها".

(٣) نشر بالجريدة الرسمية، السنة ٤٧، العدد ١٢ تابع (أ) في ١٨ مارس ٢٠٠٤، وعمل به من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤.

التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية [1] ينص في المادة التاسعة على اختصاص المحكمة الجزئية بمسائل الولاية على المال متى كان المال المطلوب حمايته لا تتجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية: ومنها:

- إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله.

- تعيين مأذون عن الغائب ولو لم يكن له مال.

جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقا لأحكام القانون واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال.

كما كان ينص في المادة ١٠ من ذات القانون على أن تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية (م ١٠/١).

ووفقا للمادة ١٣ من ذات القانون، تختص المحكمة التي تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن الغائب.

وكما أنشأ القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ محاكم للأسرة وعهد إليها الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية، أنشأ أيضا نيابة متخصصة لشئون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الإستئنافية. وتتولى نيابة شئون الأسرة – في الدعاوى والطعون التي تختص بنظرها محاكم الأسرة ودوائرها الإستئنافية– الاختصاصات المخولة للنيابة العامة قانونا، ويكون تدخلها في تلك الدعاوى والطعون وجوبيا وإلا كان الحكم باطلا. وعلى نيابة شئون الأسرة إيداع مذكرة بالرأي في كل دعوى أو طعن، وكلما طلبت منها المحكمة ذلك. وتشرف نيابة شئون الأسرة على أقلام كتاب محاكم الأسرة ودوائرها الإستئنافية، عند قيد الدعاوى والطعون المشار إليها واستيفاء مستنداتها ومذكراتها، طبقا للمادة ٦٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية (المادة ٣ من قانون محاكم الأسرة).

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية العدد ٤ مكررا في ٢٩ يناير ٢٠٠٠.

وبالإضافة إلى اختصاص محاكم الأسرة بمسائل الغياب والفقد وما يتعلق بهما من أمور، فإن القانون قد منح رئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع الاختصاص بإعلان وفاة الأشخاص المفقودين إذا كانوا على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت بالنسبة لرئيس مجلس الوزراء، أو إذا كانوا من أفراد القوات المسلحة وفقدوا أثناء العمليات العسكرية (المادة ١٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

٢٤- أما القانون الفرنسي فقد نظم الاختصاص بالمسائل المتعلقة بالغياب أو الفقد على النحو التالي:

يختص قاضي الوصاية بمسألة ملاحظة قرينة غياب الشخص عن موطنه، تطبيقا للمواد ١١٢ وما بعدها من التقنين المدني.

ولكن تبعا للصفة الاحتياطية لإجراءات ملاحظة قرينة الغياب (١)، تختص المحكمة الابتدائية، وهي المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن النظام الزوجي، بالمشكلات المتعلقة بقرينة الغياب أو عدم الحضور، وذلك بالتطبيق للمواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩، من التقنين المدني (م ١١٢ من التقنين المدني)، ولها أن تأمر بالإجراءات الضرورية من أجل ضمان مصالح الشخص الغائب، ونفس الأمر بالنسبة لغير الحاضر.

واختصاص قاضي النظام الزوجي هو الأولى في هذا الخصوص. ولا تقتصر الأولوية المعطاة لقاضي النظام الزوجي، بسبب الأولوية المعترف بها لهذا النظام،

(١) تعني الصفة الاحتياطية للنصوص المتعلقة بملاحظة قرينة الغياب أن هذه النصوص لا تطبق إلا في حالة عدم وجود نصوص أخرى تحكم المسألة: فاستخلاص قرينة الغياب لا يتم وفقا لنصوص المواد ١١٢ وما بعدها من التقنين المدني إذا كان يمكن ملاحظتها وفقا لإجراءات النظام المشترك للزواج، ولا تطبق الأحكام الخاصة بالنيابة عن الشخص الغائب وإدارة أمواله إذا كان قد ترك وكالة كافية للحفاظ على أمواله وإدارتها، كما تفضل قواعد الاختصاص العادي للمحاكم (المختصة بنظر منازعات النظام الزوجي) على اختصاص قاضي الوصاية، وهكذا.

انظر في الصفة الاحتياطية للنصوص المتعلقة بملاحظة قرينة الغياب وآثارها بالتفصيل:

J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°49 et s., p.47 et s.

على قرينة الغياب. بل أن الأولوية محفوظة أيضا للقضاء المؤهل لحل المشكلات المتعلقة بالحماية المادية للأسرة.

من ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١١٤ من التقنين المدني من منح قاضي الوصاية، المختص بملاحظة قرينة الغياب وفقا للمادة ١١٢، الاختصاص بأن يحدد، عند الاقتضاء وتبعا لأهمية الأموال، المبالغ التي يجب أن تدفع سنويا من أجل نفقات الأسرة أو أعباء الزواج. ولكن بناء على مبادرة من لجنة القوانين بمجلس الشيوخ، تم تعديل المادة ١١٤ سالفة الذكر بحيث تقرر أن السلطات الممنوحة لقاضي الوصاية يجب أن تمارس " دون المساس بالاختصاص الخاص الموزع على جهات قضائية أخرى لذات الأغراض"(١).

وتشير الأعمال البرلمانية إلى هذه الجهات الممنوحة اختصاصات خاصة تتمتع بالأولوية، وهي اختصاص قاضي الشئون الزوجية، طبقا للمادة ٢٤٧ فقرة ٤ من التقنين المدني(٢)، ورئيس المحكمة الابتدائية في ممارسة الاختصاصات الممنوحة له بمقتضى المادة ٨١٥-١١ من التقنين المدني في مسائل الشيوع (٣).

أما فيما يتعلق بالحكم بإعلان الغياب فتختص به المحكمة الكلية تطبيقا للمادة ١٢٢ من التقنين المدني. فوفقا للمادة ١/١٢٢، إذا مضت عشر سنوات على الحكم الذي لاحظ وجود قرينة غياب شخص ما، سواء صدر هذا الحكم وفقا لأحكام المادة ١١٢ أو بمناسبة اتخاذ أحد الإجراءات المنصوص عليها في المواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩ من التقنين المدني،

---

(1) Voir art. 114 du Code civil.

(2) V. Déclaration de M. Marcel Rudloff, rapporteur de la Commission des lois di Sénat, séance du 18 décembre 1977, J.O. du 19 décembre 1977, Déb. Sénat, p.4201, examen de l'article 114, cité par J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n° 54, p.53, à la marge n° 93.

(3) Cf. J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n° 54, p.53, et la référence citée par l'auteur à la marge n° 94.

يمكن للمحكمة الابتدائية أن تعلن غياب هذا الشخص بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة.

وأخيرا فيما يتعلق بالاختصاص في مسألة الغياب الذي يتم في ظروف يغلب عليها الخطر (أي الفقد)، فقد نصت المادة ٨٨ وما بعدها من التقنين المدني على اختصاص القضاء الفرنسي بإصدار الحكم المقرر للوفاة إذا كان المفقود فرنسيا، إما إذا كان المفقود من الأجانب فيختص القضاء الفرنسي في حالتين: الأولى: أن يكون الفقد قد وقع على أحد الأقاليم التابعة للسيادة الفرنسية، والثانية: أن يكون المفقود قد اتخذ فرنسا موطنا أو محل إقامة معتادة له.

وفي بيان الاختصاص المحلي للقضاء الفرنسي بخصوص مسألة الفقد، قضت المادة ٨٩ من التقنين المدني بأن الطلب يقدم إلى المحكمة الكائن بدائرتها محل الوفاة أو الفقد إذا كان ذلك قد حدث في أحد الأقاليم التابعة للسيادة الفرنسية، أما إذا كان الفقد قد وقع في الخارج، فتختص به المحكمة الكائن في دائرتها موطن المفقود أو أخر محل إقامة له في فرنسا، فإن لم يكن له موطن أو محل إقامة معروف، فإن الطلب يقدم إلى المحكمة التي يقع في دائرتها ميناء إقلاع السفينة أو الطائرة التي كان على متنها، فإن لم توجد محكمة مختصة وفقا للمعايير المتقدمة، فإن الاختصاص يكون لمحكمة باريس الكلية[1].

---

(1) Art. 89 du Code civil : " La requête est présentée au tribunal de grande instance du lieu de la mort ou de la disparition, si celle-ci s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité de la France, sinon au tribunal du domicile ou de la dernière résidence du défunt ou du disparu ou, à défaut, au tribunal du lieu du port d'attache de l'aéronef ou du bâtiment qui le transportait. A défaut de tout autre, le tribunal de grande instance de Paris est compétent.

Si plusieurs personnes ont disparu au cours du même événement, une requête collective peut être présentée au tribunal du lieu de la disparition, à celui du port d'attache du bâtiment ou de l'aéronef ou, à défaut, au tribunal de grande instance de Paris".

واستكمالا للقواعد السابقة بخصوص مسألة الفقد، تقرر المادة ل ١٤٢-٣ من تقنين الطيران المدني أنه إذا اختفت إحدى الطائرات دون أن ترد أية أنباء عنها، اعتبرت هذه الطائرة مفقودة بعد مرور ثلاثة أشهر على انقطاع أخبارها. وبعد مضي هذه المدة يمكن الحكم بوفاة الأشخاص الذين كانوا على متنها، طبقا للمواد ٨٧-٨٩ من التقنين المدني.

ويختص وزير الطيران المدني بإعلان توافر القرينة الدالة على فقدان الطائرة، ويلتزم بأن يرسل جميع الأوراق التي تمكن المحكمة من التحقق من وفاة الأشخاص المفقودين إلى النيابة (المحامي العام) الكائنة في دائرة المحكمة الاستئنافية المختصة.

٢٥- **خاتمة**: من استعراض التعريف بالغياب وصوره في بعض النظم القانونية المعاصرة يمكن القول بأن هناك صورتين للغياب في أغلب هذه النظم.

الصورة الأولى وفيها يغيب الشخص عن موطنه بإرادته أو رغما عنه ويوجد في ظروف لا تسمح له بالتعبير عن إرادته وبالتالي لا يستطيع أن يدير شئونه وهو في هذه الحالة، الأمر الذي يحتاج فيه إلى من ينوب عنه في هذا الخصوص. وفي هذه الصورة لا يثور شك حول حياة الشخص الغائب، فهو لا يزال على قيد الحياة.

والصورة الثانية، وفيها يغيب الشخص عن موطنه في ظروف قد يستشف منها أن حياته في خطر أو أنه قد مات فعلا. وهي تشمل أيضا الصورة الأولى للغياب إذا انقطعت أخبار الشخص لمدة معينة مما يثير الشك حول بقائه حيا.

ويمتاز التقسيم المتقدم لأنواع وصور الغياب بأنه يقدم الغياب كمفهوم قانوني واحد، فيه يبدأ غياب الشخص بألا يوجد في موطنه المعتاد أو فقده في

وإذا تعدد المختفون عن نفس الحدث كما تقرر الفقرة الثانية من المادة ٨٩ يمكن أن يقدم تحقيقا جماعيا إلى المحكمة التي وقع في دائرتها الفقد، المحكمة التي يقع في دائرتها ميناء إقلاع السفينة أو الطائرة التي كان على متنها، فإن لم توجد محكمة مختصة، فإن الاختصاص يكون لمحكمة باريس الكلية.

ظروف معينة، وينتهي بالإعلان عن وفاة هذا الشخص، إذا لم يعد بعد فترة الغياب المشار إليها.

وسنرى فيما بعد أن هذا التقسيم يجعل النظام القانوني لغياب الشخص عن موطنه نظاما منطقيا يبدأ باعتبار الشخص حيا، أيا كانت ظروف غيابه: عادية أو غير عادية، وينتهي باعتباره ميتا. مع الأخذ في الاعتبار بطبيعة الحال إمكانية ظهور الغائب الذي حكم بموته حيا فيما بعد.

الباب الثاني

تقرير غياب الشخص عن موطنه

الباب الثاني

تقرير غياب الشخص عن موطنه

٢٦- إذا انقطع شخص عن الظهور في محل إقامته أو موطنه وانقطعت أخباره أو إذا ترك شخص وطنه مختارا أو مجبرا وأصبح في حالة لا يتمكن معها من التعبير عن إرادته، فيجب أولا أن نلاحظ ونثبت هذا الانقطاع أو هذا الغياب (الفصل الأول)، ثم نبين الآثار التي تترتب على هذه الملاحظة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ملاحظة غياب الشخص عن موطنه

الفصل الأول

ملاحظة غياب الشخص عن موطنه

٢٧- بداية نلاحظ أن القانون المدني الفرنسي تحدث عن قرينة الغياب Présomption d'absence (المبحث الأول)، أما القانون المصري فلم يتحدث عن هذه القرينة، تاركا أمر تنظيم إثبات الغياب وملاحظته وغير ذلك من الأمور إلى حكم القوانين الخاصة والشريعة الإسلامية. وهذا يدعونا إلى التساؤل عن الوضع في القانون المصري (المبحث الثاني).

المبحث الأول
قرينة الغياب في القانون الفرنسي

٢٨- نظم القانون الفرنسي قرينة الغياب في المواد ١١٢-١٢١ من التقنين المدني.

وتقوم قرينة الغياب حاليا في القانون الفرنسي على إفتراض أن الشخص الغائب لا يزال حيا. وقد أرسي هذا المبدأ الجوهري بمقتضى قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ بشأن الغائبين، وترتيبا على ذلك يجب أن يحكم هذا المبدأ كل النصوص المتعلقة بقرينة الغياب في هذا القانون، وأن تطبق على أساسه (١).

ونتناول قرينة الغياب في القانون الفرنسي بادئين ببيان مجال قرينة الغياب أو الأشخاص الذين تنطبق عليهم أحكام قرينة الغياب (المطلب الأول)، ثم نثني بدراسة إجراءات الحصول على قرينة الغياب (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مجال تطبيق قرينة الغياب:
الأشخاص المعنيون بقرينة الغياب

٢٩- إذا كانت قرينة الغياب تعني- وفقا لواضعي التقنين المدني- قرينة الوجود أو الحياة، فإن آثار هذه القرينة يجب أن تعني كل شخص يوجد في موقف يجعله غير قادر على التعبير عن إرادته.

وترتيبا على ذلك، تكون قرينة الغياب بمثابة عدم أهلية واقعية incapacité de fait ، تبرر اتخاذ إجراءات حماية للذمة المالية للشخص الذي يعاني منها،

---

(١) حول الأسس التي يمكن أن تقوم على أساسها قرينة الغياب في القانون الفرنسي انظر:

J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°9 et s., p.25 et s.

حيث يقرر أن هناك ثلاث خيارات متاحة لتأسيس قرينة الغياب: افتراض وفاة الشخص الغائب، افتراض أن الشخص الغائب لا هو حي ولا هو ميت، وأخيرا افتراض حياة الشخص الغائب. وقد رجح التشريع الحديث هذا الأساس الأخير، حيث بنى أحكام قرينة الغياب على افتراض بقاء الشخص الغائب على قيد الحياة.

على غرار ما تقرره بعض النصوص المتعلقة بالأشخاص البالغين الخاضعين للحماية majeurs protégés (على سبيل المثال المادة ٤٩٧ من التقنين المدني).

مما تقدم هل يمكن القول بأن القواعد المتعلقة بقرينة الغياب يمكن أن تطبق على كل شخص، بالغ أو قاصر، عندما لا يستطيع، نتيجة للظروف، إدارة أمواله؟

تقتضي الإجابة على هذا السؤال أن نعرض لموقف القصر (الفرع الأول)، والبالغين (الفرع الثاني) من قرينة الغياب.

الفرع الأول

القصـــر

Les mineurs

٣٠- لبيان موقف القصر من قرينة الغياب نعرض أولا لموقف القضاء قبل قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ ثم نعرض لموقف هذا القانون من هذه المسألة.

٣١- موقف القضاء قبل قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧: تحت تأثير التشريعات السابقة، فقد أجاز القضاء أن القاصر غير المأذون non émancipé ، يجب أن يمثل، في حالة غيبته، في عمليات الحساب، وتصفية الحساب والقسمة، بواسطة موثق وليس بواسطة وصي، لأن الوصاية لا تطبق في حالة عدم التأكد من وجود الشخص [1].

فتنظيم الوصاية يشترط أن يكون الشخص القاصر موجودا حتى يمكن حماية مصالحه وحقوقه. ونظرا لأن قرينة الغياب المستمدة من المادتين ١١٢و١١٣ (قديم) من التقنين المدني لم تكن تقم على أساس أن الشخص الغائب ما زال حيا، فإن المحاكم عن طريق تفسير المواد ١١٣، ١٣٥و١٣٦ (قديم) من التقنين المدني لم تكن تفوض موثقا من أجل النيابة عن الغائب في

(1) Tribunal de Seine, 7 avril 1933, Defrénois 1933, art.23538, cité par J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n° 14, p.27, à la marge n°34.

تركة فتحت بعد اختفاء هذا الشخص[1]؛ وعندما يكون هذا الأخير قاصرا، فالنيابة عنه يجب أن تتم وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة ١١٣ وليس وفقا للنصوص المتعلقة بالوصاية، والتي لا تطبق عندما يوجد شك حول وجود الشخص المراد حمايته.

٣٢- موقف قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧: عارض قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ اتجاه القضاء السابق على صدوره. فطبقا لنصوص المواد ١١٢ وما بعدها (جديد أي السارية حاليا) من التقنين المدني تفترض قرينة الغياب أن الشخص المختفي يكون دائما في حياة. وهنا لا يوجد تعارض، فإذا كان الشخص المختفي قاصرا فحمايته تتم طبقا للمواد ٣٨٨ وما بعدها من التقنين المدني أي الخاصة بالوصاية لأنه يفترض أنه ما زال على قيد الحياة.

في ظل قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧، لن تطبق النصوص القانونية المتعلقة بقرينة الغياب على القصر إلا إذا كانت النيابة عنهم وإدارة أموالهم لا تدار بشكل فعال بواسطة قواعد الإدارة القانونية(الولاية) أو الوصاية. وهذا الفرض لن يتحقق إلا إذا كان أعضاء الإدارة القانونية أو الوصاية لا يعملون في ظروف عادية. هنا يمكن اللجوء إلى قرينة الغياب لتؤمن حماية فعالة لأموال الشخص القاصر المختفي[2].

٣٣- أما فيما يتعلق بالقاصر المأذون émancipé فإن موقفه في حالة قرينة الغياب يتشابه مع موقف البالغ الذي يملك الأهلية لممارسة كل تصرفات الحياة المدنية (المادة ١/٤٨١ من التقنين المدني[3]). ونعرض موقف البالغين من قرينة الغياب فيما يلي.

---

(1) Paris, 13 mars 1948, Defrénois 1948, art.26625, cité par J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n° 14, p.27, à la marge n°35.

(٢) وتعد هذه الاعتبارات الخاصة بمشكلة القصر أحد وجوه ما يعرف بالصفة الاحتياطية لقواعد قرينة الغياب المنصوص عليها في المواد ١١٣ وما بعدها من التقنين المدني.
وقد كرس المبدأ المقرر للصفة الاحتياطية لهذه القواعد بصراحة بواسطة المادة ١٢١ وقد أشرنا إلى هذه الصفة الاحتياطية في أكثر من موضع من هذا البحث.

(3) Art. 481/1 du Code civil : " Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile".

الفرع الثاني
البالغون
Les majeurs

٣٤-تطبق الأحكام والقواعد المتعلقة بقرينة الغياب على الأشخاص البالغين وكذلك على القصر المأذونين من ناحية، كما أنها لا تخص فقط الأشخاص الذين تفترض غيبتهم ولكن أيضا الأشخاص غير الحاضرين وفي حدود معينة الأشخاص المفقودين من ناحية أخرى. وأخيرا، يثير تفعيل قرينة الغياب في مواجهة البالغين المحميين مشكلات شبيهة بتلك التي تناولناها في موضوع القصر غير المأذونين.

ونعرض فيما يلي موقف الأشخاص البالغين من قرينة الغياب، فنعرض أولا للغائبين، ثم لغير الحاضرين، والمفقودين وأخيرا للبالغين المحميين.

١ـ الغائبون: Absents

٣٥- طبقا للمادة ١١٢ من التقنين المدني، قرينة الغياب يمكن أن تلاحظ قضائيا " عندما يتوقف شخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته دون أن تعرف عنه أخبار"[١].

صياغة هذا النص مستمدة من النص القديم للمادة ١١٥ من التقنين المدني[٢]، ومع ذلك تختلف المادتان من حيث أثار كل منهما، لأن المادة القديمة

---

(1) Article 112 du Code civil : " " Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence".

(2) Art. 115 ancien du Code civil : " Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de son résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de grande instance afin que l'absence soit déclarée".

كانت تطبق على " إعلان الغياب" déclaration d'absence أي إعلان وفاة الشخص الغائب، في حين أن المادة الحديثة تخص " قرينة الغياب" présomption d'absence.

يستنج بعض الفقه من هذه المغايرة أن المشرع أراد أن يضع قرينة الغياب في مركز قانوني محمي في حين أنها لم تكن قديما سوى حالة واقعية[1].

كما يلاحظ أن المادة ١١٢ جديد من التقنين المدني، مثلها مثل المادة ١١٥ قديم، قد تجنبت أن تعطي تعريفا للغياب، إنما تشير فقط إلى الظروف التي يمكن أن تلاحظ فيها قرينة الغياب، تاركة للقاضي تقدير الوقائع وقيمة الإثباتات المقدمة له[2].

٢ـ غير الحاضرين: Non présents

٣٦- لم تشر النصوص القديمة للتقنين المدني المتعلقة بالغياب مطلقا إلى غير الحاضرين، أي الأشخاص الذين لا يوجد شك حول وجودهم ولكن يوجدون رغم ذلك في موقف واقعي يضعهم في حالة لا يستطيعون فيها التعبير عن إرادهم، وبالتالي، لا يمكنهم إدارة أموالهم.

ولقد أسف الفقه على ترك القانون لمركز غير الحاضرين لمدة طويلة دون تنظيم، اللهم إلا بعض النصوص المتناثرة في التقنين المدني (مواد: ٨١٩، ٨٣٨، ٨٤٠)، وفي تقنين المرافعات المدنية الجديد (م ٩١١، ٩٢٨ الملغاة بواسطة المادة الأولى من المرسوم رقم ٨٦-٩٥١ الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٨٦ المكمل لتقنين المرافعات المدنية الجديد والذي حل تدريجيا محل التقنين القديم منذ إنشائه بواسطة المرسوم الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٨٥).

وبالرغم من هذا الأسف، لم يجز الفقه أن تطبق نصوص التقنين المدني

---

(1) J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°16, p.28, se référant (à la marge n° 38) au Nouveau Code civil annoté Dalloz, édition 1900, tome I, p.327, commentaire du paragraphe 28 sous l'article 112.

(2) ibid.

المتعلقة بالغياب على الأشخاص غير الحاضرين. وقد شاطر القضاء الفقه وجهة النظر هذه. من أجل هذا، تم إصدار قانون خاص، هو قانون أول يوليو ١٩٤٢ من أجل مد تطبيق النصوص القديمة للتقنين المدني (المواد ١١٢، ١١٣و١١٤) على الأشخاص غير الحاضرين الذين يوجدون في حالة يستحيل عليهم معها إدارة أموالهم وذلك على إثر أحداث الحرب العالمية الثانية.

غير أن هذا القانون والذي تم الاحتفاظ به مؤقتا بواسطة قانون أول مارس ١٩٥١، لم يكن له سوى مدى محدود لأنه أريد به أن يعالج بعض الصعوبات الناتجة عن موقف شديد الخصوصية وهو الموقف الناتج عن وجود الحرب العالمية الثانية.

فيما بعد بدت الحاجة إلى تعميم حكم هذا القانون على كل الأشخاص غير الحاضرين والذين يوجدون في حالة لا تسمح لهم بالتعبير عن إرادتهم وإدارة أموالهم، أيا كان سبب هذه الحالة.

وفي سنة ١٩٥٣ قدمت لجنة إصلاح التقنين المدني اقتراحات في هذا المعنى. فالمادة ٢٢٦ من المشروع التمهيدي للتقنين، اتجهت إلى تنظيم مركز غير الحاضرين، قياسا على مركز الأشخاص الغائبين، سامحة بتعيين وكيل قضائي mandataire de justice من أجل إنجاز الأعمال اللازمة لإدارة الأموال المتروكة دون رعاية.

مثل هذا النص المقترح كان مناسبا جدا. فالحياة اليومية تثير في كثير من المناسبات والمواقف أنه يمكن أن يوجد كثير من الأشخاص الذين يوجدون، ربما ضد إرادتهم، بعيدا عن أوطانهم، والذين يعانون، لهذا السبب، من حالة استحالة مادية تمنعهم من الاهتمام بأموالهم. من أجل ذلك، يبدو ضروريا جدا وجود نص يسمح بحل المشكلات التي يمكن مواجهتها في مثل هذه الظروف من أجل الحفاظ على مصالح هؤلاء الأشخاص غير الحاضرين.

ولهذا السبب سوت المادة ١٢٠ من التقنين المدني، المضافة بقانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧، بين الأشخاص غير الحاضرين والأشخاص الغائبين. فهذه المادة تنص على أن كل إجراءات الحماية المنصوص عليها في التشريع الجديد

من أجل تأمين النيابة عن الأشخاص الغائبين وإدارة أموالهم تطبق أيضا " على الأشخاص الذين يوجدون، بسبب الابتعاد، بالرغم منهم في حالة لا تسمح لهم بالتعبير عن إرادهم" [(١)].

ويلاحظ على هذا النص أن الابتعاد أو البعاد يجب أن يكون عقبة في سبيل " كل تعبير عن الإرادة" حتى يمكن تطبيق الإجراءات الحمائية المنصوص عليها بالنسبة للأشخاص غير الحاضرين. وهذه ملاحظات تحمل على عناصر الواقع، ولهذا يتمتع القضاة بشأها بسلطة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة النقض. فالقضاة لا يلتزمون حتى بأن يأخذوا في الاعتبار طبيعة الحدث الذي يعتبر معه الشخص غير حاضر(على سبيل المثال: الخطف، الحجز أو حق السجن لمدة طويلة).

في هذه الظروف، يبدو أن الحقيقة المثبتة من هذا الموقف وحده تسمح، إلا إذا وجد استثناء مقرر بنص خاص، باللجوء إلى النصوص الحمائية التي تواجهها المادة ١٢٠ من التقنين المدني.

فبمقتضى هذا النص، أدخل القانون موقف غير الحاضرين في مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بقرينة الغياب. وبهذا ملأ المشرع الفراغ القانوني الذي كان يوجد حول هذه المسألة.

٣٧ـ الصامتون: Taisants:

وهو اصطلاح مستخدم في الواقع التوثيقي، ويقصد به الأشخاص الذين يصمتون إراديا، وهي الحالة التي تمنع من تسوية بعض التصرفات، خاصة تصفية التركات[(٢)].

---

(1) Art. 120 du Code civil : "Les dispositions qui précèdent, relatives à la représentation des présumés absents et à l'administration de leurs biens, sont aussi applicables aux personnes qui, par suite d'éloignement, se trouvent malgré elles hors d'état de manifester leur volonté".

(2) G. CORNU (sous la direction de) Vocabulaire juridique, p.866, V° Taisant, ante : " Nom donné dans la pratique notariale à celui qui s'abstient obstinément de répondre à toute convocation, mettant ainsi obstacle aux opérations de liquidation et de partage".

فهل هذا المانع السلبي يعتبر معه الشخص كأنه غير حاضر، وهل تجد المشكلات الناتجة عنه حلا في نصوص المادة ١٢٠ من التقنين المدني؟

الإجابة بالنفي عن هذا السؤال تفرض نفسها من التعريف الذي أعطي للساكت. ففي حقيقة الأمر، يتبنى هذا الأخير موقف امتناع إرادي، في حين أن المادة ١٢٠ محلها، كما رأينا سابقا، هو فقط معالجة المشكلات المالية المتعلقة بالأشخاص الذين يكونون، رغما عنهم، في حالة تمنعهم من التعبير عن إرادتهم. بالإضافة إلى ذلك، تعالج النصوص المتعلقة بعدم الحضور مواقف واقعية لا ترجع إلى الأشخاص الخاضعين لها، وبالتالي لا يمتد تطبيقها إلى مواقف شخصية يتخذها الأشخاص كما في حالة الساكتين أو الصامتين.

٣ـ المفقودون: Disparus

٣٨– تنظم حالة المفقودين المواد ٨٨ وما بعدها في التقنين المدني. فالمادة ٨٨ تقرر أنه إذا اختفى الشخص في ظروف من طبيعتها أن تضع حياته في خطر ولم يعثر على جثمانه، فإنه يمكن إعلان وفاته قضائيا[1].

وتظل المشكلة هي تلك المتعلقة بكيفية حماية وإدارة أموال الشخص المختفي بين تاريخ اختفائه وتاريخ الإعلان القضائي لوفاته. ففي حقيقة الأمر، قد يتباعد هذان التاريخان، وفي غضون ذلك، يمكن اتخاذ بعض القرارات التي تتضمن بعض الآثار المالية لحساب المختفي. في هذا الصدد، يجب أن نذكر أن المرسوم رقم ٤٥–٢٥٦١ الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٤٥ المعدل بالقانون رقم ٤٦–٨٥٥ الصادر في ٣٠ابريل ١٩٤٦ ، الذي حدد الشروط التي يجب أن يتم فيها إعلان وفاة المختفي، قد أدخل في المادة ٨٩ فقرة ثالثة من

---

(1) Art. 88/1 du Code civil : " Peut être judiciairement déclaré, à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées, le décès de tout Français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé".

التقنين المدني، التي تنص على أنه " **في خلال المدة التي تفصل بين الاختفاء وإعلان الوفاة، تدار مصالح المختفي كما في مسألة قرينة الغياب**"(١).

ولم يعاد النص على هذا الحكم في المرسوم الصادر في ٢٣ أغسطس ١٩٥٨ الذي عدل مواد التقنين المدني المتعلقة بالإعلان القضائي للوفاة من أجل تبسيط إجراءاته، كما أن هذه الأفكار لم يتناولها المشروع التمهيدي للجنة إصلاح التقنين المدني(٢).

٣٩- موقف قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧: لبيان موقف قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧، يجب أن نلاحظ أولا أن هناك بعض التشابه بين الإعلان القضائي للوفاة والإعلان القضائي للغياب؛ فكلاهما يؤديان إلى تصفية ثروة المختفي، كما لو كان قد مات فعلا. رغم ذلك فهما يختلفان فيما يتعلق بأصل الاختفاء، الذي يصبح غير مؤكد أكثر في حالة الغياب، وبسبب عدم التأكيد هذا يكون الإعلان القضائي للغياب مرهونا بمرور مدة زمنية معينة هي عشر سنوات على الأقل منذ اختفاء صاحب الشأن، في حين هذا الشرط ليس متطلبا في مسألة إعلان الوفاة.

ولكن نظرا لكون هذا الاختلاف من طبيعة شكلية بحتة، فإنه بلا شك يجب أن نعتبر، في الحالتين، أن الشخص المختفي يجب أن يفترض أنه ما زال على قيد الحياة ما دام أن وفاته أو غيابه لم يعلن قضائيا. هذا هو بالفعل موقف المواد المتعلقة بقرينة الغياب والتي تهدف إلى الحفاظ على مصالح الشخص المختفي.

صحيح أن قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ لم ينص صراحة، كما فعل بالنسبة للأشخاص غير الحاضرين، أن المواد ١١٣ وما بعدها من التقنين المدني ستطبق

---

(1) Art. 89/3 ancien du Code civil : " Dans l'intervalle qui s'écoulera entre la disparition et la déclaration de décès, il sera pourvue aux intérêts du disparu comme en matière de présomption d'absence".

(2) Voir : J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°22, p.32, la marge n°52.

على الأشخاص المفقودين وفقا للشروط المحددة بواسطة المادة ٨٨ من ذات التقنين، ولكن هذا القانون لم يمنع أبدا ملاحظة قرينة الغياب بالنسبة لهؤلاء المفقودين، وذلك من أجل اتخاذ إجراءات تحفظية تنتهي وفقا للأحكام المحددة بالمادة ١١٥ [١]، وحتى إعلان الوفاة قضائيا.

وهذا التفسير الذي يؤدي إلى إدخال المفقودين- طبقا للمادة ٨٨ من التقنين المدني- في مجال تطبيق قرينة الغياب يبدو موافقا لروح التشريع الساري حاليا[٢].

ءـ البالغون المحميون: Majeurs protégés

٤٠- تتشابه مشكلة البالغين المحميين في مواجهة قرينة الغياب مع تلك التي تعرضنا لها سابقا بخصوص القصر.

وترتيبا على ذلك، يمكن تطبيق المواد ١١٣ وما بعدها من التقنين المدني على البالغين المحميين في حالة اختفائهم وكان نظام الحماية الذين يخضعون له غير كاف لتأمين الحفاظ على مصالحهم[٣].

مثل هذا التفسير جدير بالتأكيد، وتمنحه الصفة الاحتياطية لقواعد وأحكام قرينة الغياب مدى أكثر اتساعا في الواقع العملي.

---

(1) Art. 115 du Code civil : "Le juge peut, à tout moment et même d'office, mettre fin à la mission de la personne ainsi désignée; il peut également procéder à son remplacement".

(٢) انظر في هذا المعنى:

J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°23, p.33.

(٣) يوجد نظام الوصاية الذي يمكن أن يطبق على البالغ غير كامل الأهلية (عديم أو ناقص الأهلية) إذا كان كافيا لحماية مصالحه. ولكن يلاحظ أن تطبيق هذا النظام لن يتم بمجرد اختفاء الشخص المراد حمايته، إنما يجب أن يسبق بفحص صاحب الشأن من قبل القاضي (م ١٢٤٦ من تقنين المرافعات المدنية الجديد)، إلا إذا كان هذا الإجراء من شأنه أن يسبب ضررا لصحة الشخص غير كامل الأهلية (م ١٢٤٧ من تقنين المرافعات المدنية الجديد). في هذه الظروف، يجب تطبيق النصوص المتعلقة بقرينة الغياب.

المطلب الثاني
إجراءات الحصول على قرينة الغياب

٤١- لقد رأينا فيما سبق أنه يوجد طريقان يمكن استخدامهما من أجل ملاحظة قرينة الغياب: الأول ينتج من تطبيق قواعد النظام الزوجي، وهي قواعد تتمتع بالأولوية في التطبيق (الفرع الأول)، والثاني ينتج من تطبيق النصوص المتعلقة بالغياب والموجودة في قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ (الفرع الثاني).

الفرع الأول
تطبيق قواعد النظام الزوجي

٤٢- هذا الطريق محفوظ للزوج الآخر وحده، ويؤدي إلى تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام الزوجي.

وقد نصت على إمكانية اللجوء إلى هذا الطريق ومنحته الألوية على غيره من الطرق، الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من التقنين المدني. فهذه الفقرة تقرر أن القواعد المتعلقة بملاحظة قرينة الغياب وآثارها المنصوص عليها بالمواد ١١٢ وما بعدها من التقنين المدني لا تطبق في حالة ما إذا كان الزوج الأخر لديه القدرة على الحفاظ على مصالح الزوج الغائب بالتطبيق للنظام الزوجي وبصفة خاصة عن طريق الحصول على حكم استنادا للمواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩[1].

ولقد حددت الإجراءات المتبعة وفقا لهذا الطريق المواد ١٢٨٦ وما بعدها من تقنين المرافعات الجديد بشأن ممارسة حقوق الزوج وإدارة النظام الزوجي (قانون المرافعات الجديد، الكتاب الثالث، الباب الثالث، الفصل الأول، المبحث الثاني والرابع- المواد ١٢٨٦ وما بعدها- المادة ١٢٩١).

---

(1) Art.121/2 du Code civil : " Il en est de même si le conjoint peut pourvoir suffisamment aux intérêts en cause par l'application du régime matrimonial, et notamment par l'effet d'une décision obtenue en vertu des articles 217 et 219, 1426 et 1429".

ويكون الاختصاص هنا للمحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة أول درجة ولمحكمة الاستئناف لمحكمة ثاني درجة.

الفرع الثاني

تطبيق قواعد قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧

٤٣- وفقا لهذا الطريق، تلاحظ قرينة الغياب بواسطة قاضي الوصاية، بناء على طلب الأشخاص أصحاب المصلحة أو من النيابة العامة، عندما يتوقف الشخص عن الظهور في موطنه أو في مكان إقامته مع انقطاع أخباره (م ١١٢ من التقنين المدني) (١).

فتطبيقا لنص المادة ١١٢ من التقنين المدني، يكون للنيابة العامة ولأصحاب المصلحة في حماية الذمة المالية للشخص الغائب، مثل الزوج الأخر، الدائنين، الشركاء،..الخ.

فيستفيد الزوج الأخر من هذا النص إذا لم يكن في استطاعته الحفاظ بشكل كاف على مصالح الشخص الغائب بالتطبيق للنظام الزوجي، كما مر بنا (المادة ٢/١٢١ من التقنين المدني).

كذلك أعطى القانون للنيابة العامة الحق في أن تطلب من المحكمة اتخاذ إجراءات الحصول على قرينة الغياب، وذلك تطبيقا للدور الذي منحه القانون للنيابة العامة لرعاية مصالح الغائبين (المادة ١١٧ من التقنين المدني) (٢).

---

(١) تقرر المادة ١١٢ من التقنين المدني الفرنسي أنه: عندما يتوقف شخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته بدون أن يعرف عنه أخبار، فيمكن لقاضي الوصاية، بناء على طلب ذوي الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة، أن يلاحظ وجود قرينة على غياب هذا الشخص:

Article 112 : " " Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence".

(٢) تنص المادة ١١٧ من التقنين المدني على أن " النيابة العامة تختص بصفة خاصة برعاية مصالح الغائبين، وتقوم بكل الطلبات المتعلقة بها، كما لها أن تطلب من تلقاء نفسها تطبيق أو تعديل

والقاضي المختص بهذا الطريق هو قاضي الوصاية، وهو لا يتدخل من تلقاء نفسه لملاحظة قرينة الغياب أو عدم الحضور ولكن بناء على طلب ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة، كما حددت المادة- ١١٢ من التقنين المدني.

ويلاحظ أيضا أن قاضي الوصاية قبل ممارسته لاختصاصه يلتزم تطبيقا للمادتين ١٢١ و١٢٢ من التقنين المدني بأن يجري نوعا من الرقابة السابقة ليقرر ما إذا كان يوجد أولوية لتطبيق النظام الزوجي أم لا وذلك بسبب الصفة الاحتياطية التي أسبغها المشرع على النصوص المتعلقة بقرينة الغياب وبآثارها.

فقاضي الوصاية يجب إذن أن يبحث في المقام الأول ما إذا كان النظام الزوجي للشخص المختفي كافيا لحل المشكلات التي يختص بها ويفتح الإمكانية نتيجة لذلك لملاحظة قرينة الغياب بواسطة القضاء المختص بمسائل النظام الزوجي أي المحكمة الابتدائية.

الإجراءات المنصوص عليها في الباب الحالي". هذه الصياغة مستوحاة في جزء منها من عبارات المادة ١١٤ قديم من التقنين المدني بشأن مسألة الغياب. وهي أي المادة ١١٧ تستقي أصلها من أحكام المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدي المقدم من لجنة إصلاح التقنين المدني.

وتؤكد المادة ١١٧ المبدأ الذي تعتبر النيابة العامة هي الحامي التقليدي لغير القادرين incapables ، ولذلك كان من الطبيعي أن يكون لها دور في مسألة قرينة الغياب على اعتبار أن هذه القرينة وكذلك عدم الحضور يعتبران عدم أهلية واقعية incapacité de fait

ويتفق الدور الذي تمنحه المادة ١١٧ للنيابة العامة مع دورها في المنازعة المدنية، والذي تحدده النصوص المعنية (وهي المواد ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤ من تقنين المرافعات الجديد، والمادة ٤ من المرسوم رقم ٥٨-١٢٧٣ الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٥٨ (حاليا المادة ل ٣١١-١٥ من تقنين التنظيم القضائي):

انظر في تفصيل دور النيابة العامة في مسألة قرينة الغياب:

J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°65, p.64 et s.

وهذا البحث في الواقع لن يكون مفيدا إلا بتعاون الزوج الأخر، حتى لو كان قاضي الوصاية قد تدخل بناء على طلب شخص آخر أو بناء على طلب النيابة العامة.

وفي هذا الخصوص توجد ثلاث احتمالات ممكنة:

الاحتمال الأول: أن يكون الزوج الآخر قد لجأ إلى تطبيق النظام الزوجي، وكان تطبيقه كافيا لتأمين المصالح المقصودة، وهنا لا يملك قاضي الوصاية إلا أن يرفض الطلب المقدم إليه معلنا عدم انطباق الإجراءات المنصوص عليها في المواد ١١٢ وما بعدها من التقنين المدني.

الاحتمال الثاني: إذا كان تطبيق النظام الزوجي غير كاف للحفاظ على مصالح الشخص الغائب، هنا يستخدم قاضي الوصاية اختصاصه الاحتياطي من أجل اتخاذ كل الإجراءات التكميلية الضرورية، طبقا للمواد ١١٣ وما بعدها، حتى لو كانت ملاحظة الغياب قد تمت بواسطة المحكمة الابتدائية طبقا للاختصاص الأصلي.

الاحتمال الثالث: إذا كان الزوج الآخر لم يتخذ شيئا. هنا يفحص قاضي الوصاية معه (الزوج الآخر) الإجراءات التي يمكن اتخاذها ويدعوه عند الحاجة إلى تطبيق النظام الزوجي. فقاضي الوصاية في هذا الفرض يقدر ما إذا كان هناك محلا لتدخله أم لا، مع الأخذ في الاعتبار بطبيعة الحال الوسائل الأخرى الممكنة للزوج الآخر.

٤٤- إثبات عناصر قرينة الغياب: يقع على الشخص الذي يختاره قاضي الوصاية أن يقدم العناصر التي تثبت أن الشخص المقصود قد توقف عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته وانقطعت أخباره.

ويمكن للشخص المكلف بالإثبات أن يثبت هذه العناصر بكافة طرق الإثبات، وفقا للقواعد المحددة في قانون المرافعات الجديد، لأن قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ لم يقدم أي جديد في هذا المجال.

ونفس الأمر يقال فيما يتعلق بعدم الحضور، فيقع على الشخص المكلف بالإثبات أن يثبت ما تقرره المادة ١٢٠ من التقنين المدني من أن شخص،

بسبب الابتعاد، يوجد بالرغم منه في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، الأمر الذي يستدعي نتيجة لذلك اتخاذ الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في المواد ١١٣ وما بعدها من التقنين المدني.

٤٥ـ طبيعة القرار الذي يلاحظ به قاضي الوصاية قرينة الغياب: لا خلاف في أنه إذا كان القرار الذي لوحظت به قرينة الغياب قد اتخذ بالتطبيق للإجراءات المنصوص عليها في المواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩ من التقنين المدني (أي بالتطبيق للنظام الزوجي)، فهو يعتبر حكما صادر من المحكمة الابتدائية.

ولكن ما طبيعة هذا القرار إذا كان متخذا من قبل قاضي الوصاية؟

في هذا الخصوص، يجب ملاحظة أنه في مسائل الوصاية على القصر لم يعط التقنين المدني ولا تقنين المرافعات الجديد أية تحديدات في هذا الشأن ولا يوجد سوى وصف ما يصدر في هذه المسائل بأنها قرارات décisions صادرة من قاضي الوصاية (انظر المادة ٣٩١ من التقنين المدني والمواد ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥ من تقنين المرافعات الجديد). على عكس ذلك، تبدأ الوصاية على البالغين بمقتضى حكم jugement (انظر المادتين ٥٠١ و٥٠٢ من التقنين المدني وكذلك المادتين ١٢٥٣ و ١٢٥٤ من تقنين المرافعات الجديد).

أما فيما يتعلق بقرينة الغياب، لم تجر المادة ١٢٢ من التقنين المدني أي تمييز بين طبيعة قرارات الملاحظة تبعا لما إذا كانت متخذة من قاضي الوصاية أو من المحكمة الابتدائية. فهذا النص قد صيغ على النحو التالي: " إذا مرت عشر سنوات من الحكم الذي لاحظ قرينة الغياب سواء طبقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١٢ أو بمناسبة أحد الإجراءات القضائية المنصوص عليها في المواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩، فالغياب يمكن أن يعلن بواسطة المحكمة الابتدائية بناء على طلب كل طرف ذي مصلحة أو بناء على طلب النيابة العامة"[1].

---

(١) راجع نص المادة ١٢٢ من التقنين المدني الفرنسي.

وهذا يعني أن ما يصدر في هذا الخصوص يكون حكما. وهذا الأمر قد استوحته المادة ١٢٢ مما كان متبعا في العمل فيما يتعلق بالوصاية على البالغين.

وتجد هذه المساواة بين قرينة الغياب وتقرير الوصاية على البالغين تبريرها في أن الأمرين يؤديان إلى إحداث تعديلات عميقة في المركز القانوني للأشخاص الذين يخضعون لهما؛ ففي حقيقة الأمر، تكون الوصاية في بعض الحالات علامة على عدم الأهلية النهائية للشخص، كما أن قرينة الغياب تكون في بعض الظروف علامة أولية على افتراض وفاة الشخص(١).

٤٦- طرق الطعن في قرار قاضي الوصاية:تطبيقا للمادة ١٢١٥ من تقنين المرافعات الجديد، يطعن في قرار قاضي الوصاية أمام المحكمة الابتدائية.

يعطي نص المادة ١٢١٥ سالفة الذكر الحق في الطعن في قرار قاضي الوصاية للأشخاص الذين يجب إعلانهم بهذا الحكم. وقد حددت المادة ١٢١٤ من تقنين المرافعات الجديد هؤلاء الأشخاص بأنهم الوصي، المدير القانوني وكذلك كل الذين لم يكونوا حاضرين الجلسة ولكن أثر القرار الصادر في حقوقهم والتزاماتهم.

يعني ذلك أن النيابة العامة ليس لها الحق في الطعن في الحكم الصادر من قاضي الوصاية. ويستخلص هذا الكلام من حقيقة أن النيابة العامة لا تملك الصفة للطعن ضد قرار قاضي الوصاية الذي يصدر بشأن القصر. كما يجد هذا التفسير تأكيده، بمفهوم المخالفة، من النصوص المتعلقة بالوصاية على البالغين التي أعطت النيابة العامة صراحة الحق في الطعن (المادة ١٢٥٨ من تقنين المرافعات الجديد).

ولكن نظرا لأن النيابة العامة هي الحامي الطبيعي والتقليدي لحقوق القصر والغائبين، فإنه يحق لها الطعن في قرارات قاضي الوصاية إذا كان متعلقا بالوصاية على القصر أو بقضية تهم الشخص الغائب أو غير الحاضر.

---

(١) انظر في هذا المعنى:

J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE. L'absence. n°64. p.64.

ويمارس صاحب الحق في الطعن حقه هذا في خلال ١٥ يوما تحسب من يوم تسليم الرأي الذي يجب إعطاؤه لنائب الجمهورية Procureur de la République [1]، طبقا للمادة ١٢٥٣ من تقنين المرافعات الجديد في موضوع إصدار حكم يقرر أو يلغي الوصاية على شخص بالغ.

٤٧ـ **شهر القرار الصادر بملاحظة قرينة الغياب:** La publicité أخيرا تنظم المادتان ١٠٦٤ و ١٠٦٥ من تقنين المرافعات الجديد مسألة شهر القرارات الصادرة بملاحظة قرينة الغياب، وهي نفس أحكام الشهر التي تخضع لها القرارات الصادرة بشأن الوصاية على البالغين.

ففي كل هذه الحالات المتقدمة، يجب أن تنقل الأحكام إلى بيكرتير بالمحكمة الإبتدائية، التي يقع في دائرتها محل ميلاد الشخص المعني، فتحفظ في مجموعة الأحكام المدنية Repertoire civil وتذكر في هامش شهادة الميلاد، وفقا للشروط المحددة في المواد ١٠٥٧-١٠٦١ من تقنين المرافعات الجديد.

أما إذا كان القرار صادرا من قاضي الوصاية فإن النقل يتم من رئيس المحضرين بالمحكمة الابتدائية في الخمسة عشر يوما التالية لانتهاء ميعاد الطعن.

والغرض من إجراءات الشهر المتقدمة هو اتاحة الفرصة أمام الغير لمعرفة إجراءات الحماية المتخذة بخصوص شخص قد يكون الغير قد دخل معه في علاقات وروابط قانونية.

---

(١) نائب الجمهورية هو قاضي يمثل النيابة العامة في المحكمة الابتدائية: د. سهيل إدريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة عشرة، ١٩٩٨، ص ٩٧٧؛

G. CORNU (sous la direction de) Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, Quadrige, 2002, V°Procureur.

المبحث الثاني

ملاحظة الغياب في القانون المصري

٤٨- أساس ملاحظة غياب الشخص في القانون المصري: تقوم ملاحظة غياب الشخص عن موطنه على أساس أنه لا يزال على قيد الحياة. ويقوم هذا الافتراض حتى لو كان الشخص قد غاب في ظروف يغلب عليها الهلاك [1].

ونلاحظ في هذا الخصوص أن القانون المصري لم ينظم ملاحظة أو إثبات غيبة الشخص ولكنه وضع معايير لغياب الشخص عن موطنه أو محل إقامته (المواد ٧٤ وما بعدها من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال) (المطلب الأول)، كما يمكن الرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات المدنية والتجارية لاستخلاص الإجراءات واجبة الإتباع للحصول على حكم يقرر غيبة الشخص وطرق الطعن فيه (المطلب الثاني).

(١) انظر: د. ناصر إبراهيم المحيميد، إثبات أحوال المفقود، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد ٢٣، رجب ١٤٢٥هـ، ص ١٨٤ وما بعدها. يمكن الإطلاع على هذا البحث على موقع مجلة العدل على شبكة الإنترنت: http://www.moj.gov.sa

المطلب الأول

متى يعتبر الشخص غائبا عن موطنه

معايير غياب الشخص

٤٩- متى يعتبر الشخص غائبا؟ لقد أجابت على هذا السؤال المادة رقم ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال.

ويجري نص المادة ٧٤ على النحو التالي:

" تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية:

متى كان قد انقضت مدة سنه أو أكثر علي غيابه وترتب علي ذلك تعطيل مصالحه.

أولا: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

ثانيا: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية، واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف علي من ينيبه في إدارتها".

وفقا لهذه المادة، يعتبر الشخص غائبا في الأحوال التالية:

أولا: إذا لم يكن للشخص محل إقامة أو موطن معلوم:

ثانيا: إذا كان للشخص محل إقامة أو موطن معلوم خارج مصر:

ثالثا: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

٥٠- ولا يكفي وجود حالة من الأحوال المتقدمة حتى يعتبر الشخص غائبا، بل يلزم توافر ثلاثة شروط أخرى[1]: الأول: أن يكون قد انقضى على

---

(١) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثاني: نظرية الحق، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ١٤٩. وانظر أيضا: د. أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، ص ١٥٤.

غيابه مدة سنة أو أكثر، والثاني: أن يترتب على هذا الغياب تعطيل مصالحه، والثالث: أن يكون الشخص كامل الأهلية.

فقد اعتبر المشرع المصري أن الشخص يعتبر غائبا إذا كان كامل الأهلية ومضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه.

أما إذا كان الشخص الغائب عديم الأهلية أو ناقصها، فيقوم برعاية شئونه الشخص الذي له الولاية أو الوصاية أو القوامة عليه[1]. وكذلك إذا لم يترتب على غياب الشخص تعطيل مصالحه بأن استطاع أن يدير شئونه وهو في المكان الذي يوجد فيه، فلا تطبق عليه أحكام الغائب في القانون المصري.

مع ملاحظة أن الوضع المتقدم لن يستمر إلى ما لانهاية في بعض الفروض، خاصة إذا كان الغائب عديم الأهلية أو ناقصها مفقودا فلن يستمر النائب عنه في إدارة شئونه إلى الأبد، بل سيوضع لهذا الأمر نهاية بالحكم باعتبار الشخص ميتا بعد مرور المدة التي ينص عليها القانون [2].

٥١- فإذا توفرت الشروط المتقدمة كان الشخص غائبا من وجهة نظر القانون المصري، ويستطيع ذوي الشأن أن يطلبوا من المحكمة المختصة اعتبار الشخص غائبا بما يترتب على ذلك من أثار. ويستطيع ذوي الشأن أن يثبتوا غيبة الشخص بكل طرق الإثبات، حيث أن القانون لم يحدد طرقا معينة لإثبات غيبة الشخص عن موطنه، كما سنرى حالا.

---

(١)انظر د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، ص ٣٦.

(٢) قارن د. حمدي عبد الرحمن (بالاشتراك مع د. فاروق الاباصيري)، مقدمة القانون المدني، الحقوق والمراكز القانونية، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، رقم ١٤٤، ص ١٤٧، حيث يقرر أن وضع الغائب لا يمكن أن يستمر إلى لفترة غير محددة، فلا بد بعد مدة معينة من البت في مصير الغائب، فبعد مرور هذه المدة يصبح الغائب مفقودا.

المطلب الثاني
إجراءات ملاحظة غياب الشخص عن موطنه

٥٢- إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال، يجوز لذوي الشأن أو للنيابة العامة أن يطلبوا من المحكمة المختصة إثبات غياب أو فقد الشخص المقصود.

٥٣- والمحكمة المختصة هي محكمة الأسرة بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء محاكم الأسرة، الذي أعطى لمحاكم الأسرة الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية الذي كان ينص عليها القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

وتختص بإصدار الحكم في مسألة إثبات الغيبة أو الفقد محكمة الأسرة التي يقع في دائرتها آخر موطن معلوم للشخص قبل غيابه وانقطاع أخباره، تطبيقا لنص المادة ٤٩ من قانون المرافعات[١].

٥٤- وأصحاب الشأن الذين يمكن لهم أن يرفعوا أمر غياب الشخص أو فقده أمام محكمة الأسرة المختصة هم الزوج أو الزوجة والدائنون والورثة والشركاء، وبالجملة كل من تتأثر حقوقه والتزاماته بسبب غياب الشخص المراد إثبات غيابه.

كما أعطى القانون للنيابة العامة هذا الحق، فلها أن تطلب الحصول على حكم يثبت غياب أو فقد الشخص، تطبيقا للدور الموكول لها في مسائل الولاية على المال [٢].

---

(١) تنص المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته. وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم".

(٢) حدد القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية دور النيابة العامة في مسائل الولاية على المال في المواد ٢٦ وما بعدها منه.

وقد أنشأ قانون محاكم الأسرة نيابة متخصصة تسمى " نيابة شئون الأسرة" تتولى مهام واختصاصات النيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية (المادة ٤).

٥٥ـ إثبات غياب الشخص عن موطنه [١]: مر بنا أنه في القانون الفرنسي، يقع على عاتق الشخص الذي يطلب الحكم بقيام قرينة الغياب أن يقدم العناصر التي تسمح، وفقا لنص المادة ١١٢ من القانون المدني، بتبرير أن الشخص المعني توقف عن الظهور في المكان الذي كان من الواجب أن يوجد فيه.

أما في القانون المصري، فقد نصت المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأن للمحكمة أن تقيم وكيلا عن الشخص الذي يغيب عن موطنه مدة سنة أو أكثر وترتب على هذا الغياب تعطيل مصالحه مع مراعاة أمور أخرى.

ويستخلص من هذه المادة أنه يجب أن يقدم من يطلب تعيين الوكيل الإثبات على غياب الشخص وعلى أن هذا الغياب قد ترتب عليه تعطيل مصالح هذا الغائب.

والحل المتقدم كانت تنص عليه المادة ٦٢ من المشروع التمهيدي للقانون

---

(١) يذهب البعض إلى القول بأن صدور حكم بإثبات الغيبة (في حالة الفقد) يكون طبقا لأحكام المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وتعديلاتها: مستشار/ أحمد نصر الجندي، التطليق والتفريق عند المسيحيين من المصريين، ١٩٩٣-١٩٩٤، ص ٧١.

ويعني هذا الرأي أن الحكم بإثبات غياب الشخص يلزم فيه مرور المدة المنصوص عليها بالمادة المتقدمة.

والواقع أن القول بهذا يمثل خلطا بين أمرين: إثبات غيبة الشخص والحكم باعتبار الشخص الغائب ميتا، فالأول لا يتطلب مرور المدة المنصوص عليها قانونا للحكم بموت الغائب (مع أن القانون قد يتطلب مدة لذلك) في حين لا يمكن الحكم باعتبار الشخص الغائب ميتا إلا بمرور المدة التي نص عليها القانون للحكم باعتبار الغائب ميتا.

والواقع أنه يمكن الحكم بإثبات غيبة الشخص حتى ولو لم يمر على غيابه المدة القانونية اللازمة للحكم باعتباره في عداد الأموات.

المدني، بخصوص المفقود، بقولها انه " يحكم بإثبات فقد كل شخص اختفى بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت — ويكون ذلك بناء على طلب كل ذي شان". ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة اقترح حذفها والاستعاضة عنها وعن المادة التي تليها (م ٦٣ من المشروع) بمادة واحدة تحيل على الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة فوافقت اللجنة على ذلك وأصبح رقم المادة هو ٣٥ من المشروع النهائي والتي أصبحت، بعد إصدار القانون المدني، المادة رقم ٣٢ منه والتي تنص على أنه " يسري في شان المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية" [١].

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — تعليقا على المادة ٦٢ سالفة الذكر- أن " كل شخص اختفى بحيث لا يعلم مكانه ولا يدري هل هو حي أو ميت، يمكن لكل ذي شأن وارث أو دائن أو موصى له أو غير هؤلاء من أصحاب المصلحة الحصول على حكم من القاضي بإثبات فقده ومتى صدر الحكم ثبتت لهذا الشخص حالة المفقود"[٢].

وتطبيقا لذلك يرى الفقه أنه يجب الحصول على حكم من القاضي بإثبات غياب الشخص (أو فقده)، ويكون ذلك لكل ذي شأن، كالوارث أو الدائن أو الموصى له أو غيرهم من أصحاب المصلحة[٣]. وتختص بإصدار هذا الحكم محكمة الأسرة التي يقع في دائرتها آخر موطن معلوم للشخص قبل غيابه وانقطاع أخباره، كما ذكرنا سابقا.

٥٦- مما تقدم يستخلص أن للنيابة العامة ولذوي الشأن أن يثبتوا غياب الشخص المفقود بكل وسائل الإثبات، بما في ذلك الشهادة، سواء شهد الشاهد بشيء عاينه بنفسه أو بما هو معروف أو شائع بين الناس[٤].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص ٣٢٧.

(٣) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، نظرية الحق، رقم ٩٥، ص ١٢٥.

(٤) مثال ذلك الشهادة بالتسامع والشهادة بالشهرة العامة. ويقصد بالشهادة بالتسامع تلك الشهادة التي تنصب على ما تتسامعه الناس عن واقعة معينة وما شاع بين الجماهير في شأنها، وهي تختلف بذلك عن الشهادة السماعية في أن هذه الأخيرة يقوم فيها الشاهد بالرواية عن

شخص معين رأى الواقعة بعينه أو سمعها بإذنه وبالتالي يمكن تحري صدق الشهادة السماعية أو عدم صدقها وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات، أما الشهادة بالتسامع فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة بذاتها، ولذلك فهي غير قابلة للتحري ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما شهد به.

ولا يحتج بالشهادة المبنية على ما يتداوله الناس أو ما أصبح مشهورا بينهم عن الواقعة إلا حيث ينص القانون على ذلك. فالشهادة بالتسامع تقبل في المسائل التجارية وفي الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن ولكن على سبيل الاستئناس وعلى أساس أنها قرينة بسيطة تؤخذ بكثير من الحذر والاحتياط: انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات– آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، رقم ١٦٣، ص ٢٨٦ وما بعدها.

وفي الفقه الإسلامي تقبل الشهادة بالتسامع في مسائل معينة منها الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول وبولاية القاضي وأصل الوقف وشرائطه والعتق والولاء والمهر: انظر: الشيخ/ أحمد إبراهيم، بك، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الرابعة، نادي القضاة، ٢٠٠٣، تنقيح م/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، ص ١٧٠ وما بعدها.

وقد قضي بأن " الشهادة بالتسامع في فقه الشريعة الإسلامية لا هي شهادة رأي ولا هي شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية وإنما شهادة أصلية متميزة بضوابطها ودواعيها لها قوتها في الإثبات ويحمل الشاهد فيها عبء ما شهد به وهي بذلك لا تدخل من باب شهادة السماع ولا من باب شهادة الشهرة العامة في فقه القانون الفرنسي ولا تجري مجراها وبالتالي مما تستقل به محكمة الموضوع بما لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه ما لم تخرج إلى ما لا تؤدي إليه" (نقض أحوال شخصية ٤ يناير ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، ص ٥٤).

أما الشهادة بالشهرة العامة Notoriété publique فيدلي الشاهد فيها بشيء معروف ومشهور بين الناس. ويمكن الاستناد إليها في حالات معينة. فإذا ما حدث هذا الاستناد فإنه يتم بمعرفة جهة رسمية أي أمام موظف عام أو مكلف بخدمة عامة. والعمل الذي تحرره هذه الجهة الرسمية يعرف بالإشهاد الرسمي Acte de notoriété. ومن أمثلة الاشهاد الرسمي في مصر اعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود، فهذه الأوراق تحرر أمام جهات رسمية، مثل المحاكم المختصة بالأحوال الشخصية أو مندوبها أو غير ذلك، وتدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقا لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة (د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، رقم ١٦٤، ص ٢٨٩).

وتتميز الشهادة بالشهرة العامة بعدة خصائص مميزة وتقوم ببعض الوظائف في مجال القانون، خاصة في مجال الإثبات. انظر حول هذا الموضوع:

N. RAYNAUD de LAGE. " La notoriété". D. 2000, chr.513.

وتخضع إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات المدنية والتجارية، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية [١].

٥٧- وبعد تقديم ذوي الشأن ما يدل على حدوث الغيبة أو الفقد تقضي المحكمة المختصة بإثبات الغيبة أو الفقد. ويلاحظ أننا قد نحتاج في بعض الحالات إلى إثبات غيبة الشخص أو عدم حضوره حتى يمكن تطبيق الأحكام التحفظية وقواعد النيابة عنه، فإذا ما انقطعت أخبار هذا الشخص المدة التي ينص عليها القانون اقتضى الأمر اللجوء إلى المحكمة المختصة لاستصدار حكم بفقد هذا الشخص، وبعد مضى المدة التي ينص عليها القانون بعد إثبات الفقد، يمكن الحكم بوفاة هذا الشخص.

وفي كل الأحوال، تسري على الأحكام والقرارات التي تصدر في هذا الخصوص القواعد الخاصة بالأحكام وبالطعن عليها (المواد ٥٦-٦٤ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية)[٢].

ويلاحظ رغم ذلك أن المشرع قد جعل الأحكام والقرارات الصادرة من

---

(١) نقض أحوال شخصية، ٢٨ يونيه ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، س ٤٠، ع٢، ص ١٠٧٧؛ نقض أحوال شخصية، ٢٩ مارس ١٩٨٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٩، ع١، ص ٥٤١: المستشار/ أحمد هبه، موسوعة مبادئ النقض في الإثبات في عشرين عاما، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، رقم ٢٥٨، ص ٨٣.

(٢) انظر المادة ١٣ من قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن إنشاء محاكم الأسرة التي تنص على أن " يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الإستئنافية القواعد والإجراءات المقررة في هذا القانون، وفي قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية..، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات".

الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض (المادة ١٤ من قانون إنشاء محاكم الأسرة). وذلك يرجع- كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون إنشاء محاكم الأسرة، إلى " الطبيعة الخاصة لمسائل الأحوال الشخصية، وضرورة حسمها في أجل قريب وتحقيقا لاستقرار ما ينشأ عنها من مراكز قانونية تتعلق بأهم شئون الفرد والأسرة، وتستوجب النأي بها عن إطالة أمد الخصومة حولها وعن القلقلة والاضطراب في صددها".

الفصل الثاني

آثار ملاحظة غياب الشخص عن موطنه

الفصل الثاني
آثار ملاحظة غياب الشخص عن موطنه

٥٨- إذا تمت ملاحظة وإثبات غياب الشخص عن موطنه، ترتب على الحكم الصادر بإثبات الغياب بعض الآثار وتطلب اتخاذ بعض إجراءات الحماية. ونتناول فيما يلي آثار ملاحظة غياب الشخص عن موطنه من الناحية المالية (المبحث الأول)، ومن الناحية غير المالية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآثار المالية لملاحظة غياب الشخص عن موطنه

٥٩- لدراسة الآثار المالية التي تترتب على ملاحظة قرينة الغياب يحسن بنا أن تناول النقاط الآتية:

- ضرورة حماية الذمة المالية للشخص الغائب أو غير الحاضر - النيابة عن الغائب وإدارة أمواله (المطلب الأول).
- الأعباء المالية التي تقع على عاتق الشخص الغائب (المطلب الثاني).
- ميراث الشخص الغائب من الغير وموقف تركته هو (المطلب الثالث).

المطلب الأول

حماية الذمة المالية للشخص الغائب

٦٠- تقتضي معرفة كيفية حماية أموال الشخص الغائب أن نعرض لموقف كل من القانون المصري (الفرع الأول) والقانون الفرنسي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

النيابة عن الشخص الغائب وإدارة أمواله

في القانون المصري

٦١- يفترض القانون المصري أن الشخص الغائب لا يزال على قيد الحياة، وبالتالي يلزم تعيين نائب عنه يدير أمواله ويرعى مصالحه.

وقد حدد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال القواعد التي يتم وفقا لها تعيين وكيل عن الغائب يدير أمواله (أولا)، كما وضع الحدود التي يتصرف فيها هذا الوكيل في أموال الغائب (ثانيا).

أولا: تعيين وكيل عن الغائب:

٦٢- نصت المادة ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن " المحكمة تقيم وكيلا عن الغائب كامل الأهلية إذا انقضت مدة سنة أو

أكثر عن غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه "، وذلك في الحالات الثلاث التي تناولناها سابقا بخصوص معايير غياب الشخص عن موطنه.

كما تقرر المادة ٧٥ من ذات القانون أنه إذا كان الغائب قد ترك وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت غيره.

ويبقى الوكيل عن الغائب إلى أن يعود أو أن يتقين موته أو أن يحكم بموته من السلطات المختصة قانونا.

وتسري على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية عن القصر، وتسري على الوكلاء عنهم الأحكام المقررة بشأن الأوصياء (م ٧٨).

وتطبيقا لهذا النص الأخير يجب أن يتوافر في الوكيل الذي تعينه المحكمة الشروط الواجب توافرها في الوصي. وقد بينت هذه الشروط المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بقولها أنه يجب أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة، وألا يكون قد حكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة، وألا يكون مشهورا بسوء السيرة أو ليست له وسيلة مشروعة للكسب، وألا يكون قد اشهر إفلاسه دون أن يرد إليه اعتباره.

٦٣- جواز تعيين أكثر من وكيل عن الغائب: وكما يجوز للمحكمة أن تعين وكيلا واحدا عن الغائب، فإنها تستطيع عند الضرورة تعيين أكثر من وكيل، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بين اختصاصا لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق، ومع ذلك لكل من الوكلاء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع الغائب (م ١/٣٠).

وعند الاختلاف بين الوكلاء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع (م ٢/٣٠).

كما يجوز للمحكمة تطبيقا للمادة ٣١ من المرسوم بقانون الخاص بالولاية على المال أن تعين وكيلا خاصا تحدد مهمته وذلك في الأحوال الآتية:

أ – إذا تعارضت مصلحة الغائب مع مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص آخر ينيب عنه أو مشمول بولايته أو بوصايته.

ب – إذا تعارضت مصلحة الغائب مع مصلحة الوكيل أو زوجته أو احد أصوله أو فروعه مع من يملكه الوكيل.

جـ – إبرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين الغائب وبين الوكيل أو أحد من المذكورين في البند ب

د – إذا آل إلي الغائب مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الوكيل إدارة المال.

هـ – إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

و – إذا كان الوكيل غير أهل لمباشرة حق من حقوق الغائب.

٦٤ـ **أجر الوكيل:** تطبيقا للمادة ٤٦ من المرسوم بقانون الوِلاية على المال تكون الوكالة بغير أجر، غير يجوز للمحكمة– بناء على طلب الوكيل– أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين. فالأمر، على ما يبدو، جوازي للمحكمة، فلها أن تستجيب لطلب الوكيل عن الغائب وتفرض له أجرا أو لا تستجيب له.

٦٥ـ **تعيين مشرف مع الوكيل عن الغائب:** يجوز للمحكمة أيضا أن تعين مشرفا مع الوكيل على الغائب (م ٨٠).

ويراقب المشرف الوكيل عن الغائب في إدارته لأموال الغائب وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما (م ١/٨١).

وعلى الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال (م ٢/٨١).

ويجب على المشرف إذا خلا مكان الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون من تأجيلها ضرر (م ٣/٨١).

أما بالنسبة للقواعد التي تسري على المشرف، فإنه يسري عليه فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره ما يسري من أحكام على الوكيل (م ٨٢).

وأخيرا، للمحكمة أن تقرر انتهاء الإشراف إذا رأت زوال دواعيه (م ٨٣).

ثانيا: الحدود التي يتصرف فيها الوكيل في أموال الشخص الغائب:

٦٦- تبدأ مهمة الوكيل عن الغائب بأن يتسلم أموال الغائب ثم يقوم فيها بأعمال الإدارة وأخيرا يقدم كشف حساب عن مهمته، ويطبق عليه في هذا الخصوص الأحكام المقررة في شأن الأوصياء على القصر (م ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال).

فيجب على الوكيل أولا أن يتسلم أموال الشخص الغائب بعد حصرها وجردها، وأن يقوم برعايتها وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد.

وثانيا، لا تتعدى سلطات الوكيل على أموال الغائب أعمال الإدارة العادية، اللازمة للحفاظ على أموال هذا الشخص.

وبناء على ذلك يقوم الوكيل عن الغائب بأعمال الإدارة المعتادة دون حاجة من حيث الأصل للرجوع إلى المحكمة، مثل جني المحصول وقبض الديون وتسلم الوديعة، والقيام بالإجراءات اللازمة للمحافظة على مال الغائب مثل ترميم الحوائط والجدران وإصلاح الماكينات، وهكذا.

في المقابل، لا يستطيع الوكيل أن يتصرف في أموال الغائب بأي نوع من أنواع التصرفات، مثل البيع أو الهبة أو الرهن أو القرض، فهذه التصرفات تخرج عن سلطات الوكيل عن الشخص الغائب.

وأخيرا، يجب على الوكيل أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل عام إلا إذا كانت أموال الغائب لا تزيد على خمسمائة جنية ولم تر المحكمة ضرورة لتقديم الحساب. وفي جميع الأحوال يجب على الوكيل الذي يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وكالته (م٤٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

الفرع الثاني
النيابة عن الشخص الغائب وإدارة أمواله في القانون الفرنسي

٦٧- لبيان موقف القانون الفرنسي من مسألة إدارة أموال الشخص الغائب نتناول تباعا مسألة تعيين الوكلاء أو المديرين (أولا)، ثم القواعد المطبقة على النيابة وإدارة أموال الغائب (ثانيا)، وأخيرا بيان الطبيعة الاحتياطية لهذه القواعد (ثالثا).

أولا: اختيار وكيل عن الغائب:

٦٨- على افتراض أن الغائب مازال حيا ينظم القانون الفرنسي النيابة عنه وإدارة أمواله. فالغائب ينظر إليه وكأنه في حالة عدم أهلية واقعية الأمر الذي يبرر ضرورة إدارة وحماية ثروته. والأمر نفسه يكون، من باب أولى، بالنسبة لغير الحاضر الذي لا يزال على قيد الحياة.

في هذا الإطار، تنص المادة ١١٣ من التقنين المدني على تعيين واحد أو أكثر من الوكلاء للتصرف بدلا عن الشخص الغائب أو غير الحاضر، عندما تقرر أنه يجوز للقاضي أن يعين واحدا أو أكثر من أقارب الغائب أو أصهاره أو عند الاقتضاء أي شخص أخر، لكي ينوب عنه في ممارسة حقوقه والتصرفات التي تهمه، وكذلك في إدارة كل أو بعض أمواله؛ وتسري على النيابة على الغائب وإدارة أمواله نفس القواعد التي تطبق على إدارة أموال القصر تحت رقابة القضاء، ومع مراعاة التعديلات الآتية" (١).

---

(1) Art.113 du Code civil: " Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises aux règles applicables à l'administration légale sous contrôle judiciaire telle qu'elle est prévue pour les mineurs, et en outre sous les modifications qui suivent".

لقد أراد واضعوا إنشاء نظام مرن يسمح بتعيين النائب الأفضل تأهيلا من أجل الدفاع عن المصالح المراد حمايتها. لهذا السبب، تعطي المادة ١١٣ الأولوية أو الأفضلية للأقارب والأصهار، لأن هؤلاء بسبب وجود علاقات وروابط أسرية بينهم وبين الشخص الغائب يكونوا أكثر حرصا على تأمين حماية أمواله وثروته.

ويتشابه هذا الاختيار التفضيلي بذلك الاختيار الذي يتخذ بالنسبة للبالغين المحميين. فبخصوص هؤلاء الأخيرين، تنص المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على أنه " إذا وجد قريب أو صهر، قادر على إدارة الأموال، فلقاضي الوصاية أن يعهد إليه إدارتها بصفته مدير قانوني (ولي)، دون إلغاء لا الوصي ولا مجلس العائلة، وفقا للقواعد المطبقة، بالنسبة لأموال القصر، على الإدارة القانونية تحت رقابة القضاء"(١).

ولكن المادة ١١٣ تسمح بتعيين أي شخص أخر من غير الأقارب والأصهار في حالة الاقتضاء.

فضلا عن ذلك أن تطبيق هذه المادة يكون محددا في أمرين، من ناحية، النيابة عن الغائب أو غير الحاضر في واحد أو أكثر من التصرفات المهمة، ومن ناحية أخرى، إدارة واحد أو أكثر من أموالهما.

وترتيبا على ذلك، وحتى نضع هذا النص موضع التنفيذ، فإنه يجب أولا البحث عن الأقارب والأصهار الذين يتمتعون بالقدرة اللازمة والمعارف الضرورة للقيام بالنيابة الدائمة أو المؤقتة عن الشخص المراد حمايته، وكذلك إدارة كل أو جزء من أمواله.

---

(1) Art. 497 du Code civil, modifié par Loi n°96-452 du 28 mai 1996 - art. 60 JORF 29 mai 1996 : " S'il y a un parent ou allié, apte à gérer les biens, le juge des tutelles peut décider qu'il les gérera en qualité d'administrateur légal, sans subrogé tuteur ni conseil de famille, suivant les règles applicables, pour les biens des mineurs, à l'administration légale sous contrôle judiciaire".

فإذا لم يوجد أقارب أو أصهار، أو لم تتوافر المتطلبات في الأقارب والأصهار الموجودين، هنا يمكن تعيين أي شخص أخر يقدم الضمانات المطلوبة وخاصة المعارف الفنية التي يمكن أن تساعد على الإدارة الجيدة للأموال محل الحماية.

وأخيرا، وكما يحدد نص المادة ١١٣، يختص القاضي، بعد أن يلاحظ قرينة الغياب، بأن يختار الشخص الأكثر قدرة على القيام بالمهمة المحددة في مدّاها ومحلها، الذي يمكن أن يتسع ويضيق بحسب الأحوال وما يقدره القاضي ضروريا لحماية أموال الشخص الغائب (١).

ثانيا: القواعد المطبقة على النيابة عن الغائب وإدارة أمواله:

٦٩- تحدد المادة ١١٣ من التقنين المدني القواعد والأحكام التي يجب أن تتم وفقا لها الوكالة عن الشخص الغائب (ومن باب الاستنتاج من المادة ١٢٠ من التقنين المدني الوكالة عن الشخص غير الحاضر).

فهي تنص على أن النيابة عن الشخص الغائب وكذلك إدارة أمواله تكون خاضعة للقواعد المطبقة على إدارة أموال القصر تحت رقابة القضاء.

يترجم هذا النص الانشغال الذي كان يحرك المشرع، بأن ينشئ نظاما متناسقا يشمل كل الأشخاص غير القادرين incapables (بسبب نقص أو عدم الأهلية) (٢) أيا كان سبب عدم قدرتهم ويسمح باتخاذ الإجراءات المناسبة في

---

(١) هذا الاختيار يتشابه كما قلنا مع ذلك الذي يمكن اتخاذه تطبيقا للمادة ٤٩٧ من التقنين المدني لأنه في الحالتين يتعلق الأمر بالمحافظة على مستقبل الأشخاص الذين يوجدون في حالة تمنعهم من إدارة أموالهم. انظر ١١٥ من التقنين المدني حول السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بإجراءات الحماية التي يمكن اتخاذها.

(٢) قارن الأستاذ الدكتور/ جميل الشرقاوي حيث يستخدم اصطلاح فقدان الأهلية كترجمة للفظة الفرنسية incapacité ، مقررا في هذا الخصوص أنه عندما " نتكلم عن فقدان الأهلية لا نعني حدا معينا من نقص قدرة الشخص على مباشرة تصرفاته، هو انعدام هذه القدرة تماما ، وإنما نحن نطلقه اصطلاحا عاما للدلالة على كل حال يوجد فيها مساس بهذه القدرة سواء أكان بالنقص أو بالعدم": نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، رقم ٩٢، ص ٢٤٥.

مواجهتهم. وهذه الإجراءات– التي تسمح باتخاذها المادة ١١٣– يجب أن تتم طبقا للشروط التي تحددها المادتان ٣٨٩–٦ و٣٨٩–٧ من التقنين المدني، بالنسبة للإدارة القانونية لأموال القصر تحت رقابة القضاء Administration légale sous contrôle judiciaire[1].

ثالثا: الطبيعة الاحتياطية لأحكام الوكالة عن الشخص الغائب أو غير الحاضر:

٧٠– لا تطبق القواعد المتقدمة إذا كان الشخص الغائب أو غير الحاضر قد ترك وكالة كافية للنيابة عنه وإدارة أمواله. وقد نصت على هذا الحكم المادة ١/١٢١ من التقنين المدني، عندما قضت بعدم تطبيق النصوص المتعلقة بإدارة أموال الغائبين إذا كانوا قد تركوا توكيلا كافيا للنيابة عنهم وإدارة أموالهم[2].

ويفهم من النص المتقدم أنه يشترط في التوكيل الذي يتركه الغائب أو غير

ويعارض هذا الفهم نص المادة ٤٧ من التقنين المدني المصري الذي يفرق بين انعدام الأهلية أي الفقدان وبين نقص الأهلية أي وجودها مشوبة بعيب ينقص منها.

(1) Art.389-6 du Code civil : "Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation.

Il peut faire seul les autres actes".

Art.389-7 du Code civil : " Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur, et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre "De l'autorité parentale", notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens".

(2) Art.121/1 du Code civil : " Ces mêmes dispositions ne sont pas applicables aux présumés absents ou aux personnes mentionnées à l'article 120 lorsqu'ils ont laissé une procuration suffisante à l'effet de les représenter et d'administrer leurs biens".

الحاضر أن يكون كافيا للوفاء برعاية مصالح هذا الشخص والحفاظ عليها. في المقابل، إذا كان هذا التوكيل لا يفي بالغرض فإن للمحكمة أن تتخذ من الإجراءات ما تراه كافيا في هذا الصدد.

كذلك لا تطبق أحكام الوكالة عن الغائبين إذا كان زوج الغائب أو غير الحاضر قادرا على أن يحقق حماية كافية بالتطبيق للنظام الزوجي. وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٢١/ ٢ من التقنين المدني، عندما قررت عدم تطبيق أحكام الوكالة إذا كان الزوج الآخر ٢١٧ قادرا على أن يقدم رعاية كافية للمصالح محل الحماية بالتطبيق للنظام الزوجي وبصفة خاصة عن طريق حكم يصدر استنادا للمواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩[1].

(1) Art.121/2 du Code civil : " Il en est de même si le conjoint peut pourvoir suffisamment aux intérêts en cause par l'application du régime matrimonial, et notamment par l'effet d'une décision obtenue en vertu des articles 217 et 219, 1426 et 1429".

المطلب الثاني
الأعباء المالية التي تقع على عاتق الشخص الغائب

٧١- ليس كافيا، من أجل حل المشكلات الناتجة عن ملاحظة الغياب أو عدم الحضور، الاقتصار على إعداد نظام يسمح فقط بالحفاظ على مصالح الشخص الذي يكون في حالة تمنعه من القيام بها بنفسه، ولكن يجب أيضا الاستمرار في تأمين الحياة لأقاربه وكل من تجب عليه نفقتهم، وكذلك ورؤية كيف يتم دفع المبالغ الضرورية اللازمة لمواجهة نفقات إدارة أمواله، وكذلك الأجور التي من المحتمل أن تدفع للشخص المتحمل لعبء الاهتمام بثروته.

وفيما يلي نتناول الالتزامات المالية الواقعة على عاتق الشخص الغائب في القانون المصري (الفرع الأول)، وفي القانون الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الالتزامات المالية التي تقع على عاتق الشخص الغائب في القانون المصري

٧٢- رأينا فيما سبق أنه تطبيقا للمادة ٤٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال (بشأن أجر الوصي) تكون الوكالة عن الغائب بغير أجر، ولكن يمكن للمحكمة بناء على طلب الوكيل أن تحدد له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين. وفي هذه الحالة، يدفع أجر الوكيل أو مكافأته من أموال الشخص الغائب.

ويتحمل الغائب، بالإضافة إلى ذلك، بالالتزام بالنفقة على زوجته وفروعه وإن نزلوا وأصوله وإن علوا.

٧٣- بالنسبة للزوجة، فإنها تستحق النفقة حتى ولو كانت موسرة. وذلك لأن النفقة تجب لها بعقد الزواج بغض النظر عن حالتها المالية إذا سلمت نفسها للزوج ولو حكما. وقد بينت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحكام نفقة الزوجة بقولها:

" تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين.

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها.

ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية – دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جري به عرف أو قضت به ضرورة. ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط منسوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه [1].

وتعتبر نفقة الزوجة دينا علي الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تقسط إلا بالأداء أو الإبراء.

---

(١) حكم بدستورية هذه الفقرة (الفقرة الخامسة) من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في مجال تطبيق أجزائها التي تتعلق بعمل الزوجة وشروط هذا العمل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، ٣ مايو ١٩٩٧، القضية رقم ١٨ لسنة ١٤ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ ق ١٥ مايو ١٩٩٧.

ففي الحقيقة، يعترض أساتذة الشريعة على هذه الفقرة ويرون أن اعتبار خروج المرأة للعمل رغم اعتراض الزوج غير مسقط لنفقتها إلا إذا أساءت استعمال هذا الحق أو كان خروجها منافيا لمصلحة الأسرة يتعارض مع ما قررته الشريعة الإسلامية من حق الرجل على المرأة مقابل واجب النفقة، وحق الرجل هنا هو تفرغ المرأة لبيته الذي عبر عنه الفقهاء جميعا بـــ " الاحتباس" فإذا لم يتحقق الاحتباس على الوجه الكامل لا يكون ثمة نفقة إلا إذا كان نقص الاحتباس بموافقته ورضاه. انظر في ذلك د. عبد الفتاح محمد أبو العينين، الاسلام والاسرة، عقد الزواج، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية، ١٩٨٧، ص ٤٢٤ وما بعدها.

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد علي ما يفي بحاجتها الضرورية، ويكون له من نفقة الزوجة امتياز علي جمع أموال الزوج، ويتقدم في مرتبته علي ديون النفقة الأخرى".

كما بينت المادة الخامسة من ذات القانون وضع نفقة الزوجة إذا كان الزوج غائبا:

" إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم علية بالنفقة في ماله، وان لم يكن له مال ظاهر اعذر علية القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته علي نفسها أو لن يحضر للإنفاق عليها طلق علية القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، إن كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت لا مال له تنفق منه الزوجة طلق علية القاضي وتسري أحكام هذه المادة علي المسجون الذي يعسر بالنفقة".

وإذا تعذر حصول الزوجة على النفقة فإنه يحق لها أن تطلب تطليقها لعدم الإنفاق تطبيقا للمادتين ١٢و١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

إما إذا لم ترغب الزوجة في التطليق من زوجها، جاز لها أن تستدين بالنفقة على حساب زوجها الغائب، وذلك تطبيقا للفقرة السادسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية. فهذه الفقرة تقضي بأن " تعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء". ولم يميز هذا النص بين الزوج الحاضر والزوج الغائب فيما يتعلق بالالتزام بدين النفقة، وهذا يعني أنه يجوز للزوجة أن تستدين بالنفقة على حساب زوجها [١].

---

(١) د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، ص ٨٧.

٧٤- وكذلك يلتزم الشخص الغائب بالإنفاق على أولاده القصر وكذلك أولاده البالغين المصابين بمرض يعجزهم عن العمل أو الذين لا يزالون يطلبون العلم الملائم أو الذين لا يتيسر لهم الكسب (المادة ١٨ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) [1].

٧٤ مكرر- كما يلتزم الشخص الغائب أيضا بالإنفاق على أصوله، مثل أبيه وأمه وإن علوا، إذا كانوا فقراء ولا مال لهم. وهو يلتزم بذلك حتى لو كان هؤلاء الأصول أو من بقي منهم قادرين على العمل والكسب.

٧٥- وإذا صدر الحكم بنفقة الأشخاص السابق ذكرهم فإنهم يحصلون على هذه النفقة من أموال الشخص الغائب إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فإنهم يستطيعون الاستدانة على حساب الشخص المدين بالنفقة.

ولقد نظم القانون طريقا لكفالة حصول أصحاب النفقة علي نفقتهم من بنك ناصر الاجتماعي ثم يرجع البنك بما دفعه على المدين بالنفقة فيحصل منه ما سبق ودفعه.

فقد نصت المادة ٧١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن" ينشأ نظام لتأمين الأسرة من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي. ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزيرة التأمينات".

---

(١) تنص المادة ١٨مكرر ثانيا على أنه: " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته علي أبيه.وتستمر نفقة الأولاد علي أبيهم إلي أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها وإلي إن يتم الابن الخامسة عشر من عمره قادرا علي الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسير هذا الكسب استمرت نفقته علي أبيه. ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوي للائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد علي أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم".

وتطبيقا لهذا النظام، يقوم بنك ناصر الاجتماعي بأداء النفقات والأجور وما في حكمها بما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزيرة التأمين (م٧٢ من ذات القانون).

كما الزم القانون الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال العام وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعي وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعي مرفق به صوره طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وبما يفيد تمام الإعلان بأن تقوم بخصم المبالغ في الحدود التي يجوز الحجر عليها وفقا للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما في حكمها والمعاشات وإيداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى إجراء آخر (م ٧٤ من ذات القانون).

كما أن لبنك ناصر الاجتماعي استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما في حكمها وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أداءه (م٧٥ من ذات القانون).

ولتيسير عمل النظام وتوفير الموارد اللازمة له، صدر القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء صندوق تأمين الأسرة[١].

ونص هذا القانون على أن " يكون أداء بنك ناصر الاجتماعي للنفقات والأجور وما في حكمها تطبيقا لأحكام المادة (٧٢) من قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، من حصيلة موارد الصندوق، ويؤول إلى الصندوق المبالغ التي يتم إيداعها أو استيفاؤها وفقا لأحكام المواد (٧٥،٧٤،٧٣) من القانون المذكور" (م ٣/١).

كما الزم القانون الأسرة بالاشتراك في نظام التأمين وحدد فئات هذا الاشتراك (م ٢). كما حدد القانون موارد صندوق نظام تأمين الأسرة (م ٤).

---

(١) الجريدة الرسمية – السنة ٤٧– العدد ١٢ تابع (أ) في ١٢ مارس ٢٠٠٤.

الفرع الثاني
الالتزامات المالية التي تقع على عاتق الشخص الغائب في القانون الفرنسي

٧٦- تكفلت المادة ١١٤ من التقنين المدني بحل المشكلات ذات الطبيعة المالية. ففي فقرتيها الأولى والثانية عالجت نفقة الأسرة وتعليم وتنشئة الأطفال، في حين خصصت فقرتها الأخيرة لبيان نفقات إدارة الأموال(١).

ويوجد تشابه معين بين نص المادة ١١٤ سالفة الذكر والمادة ٤٥٤/١ من التقنين المدني، والمادتين ٢/٢٣٨ و٢٤٠ من المشروع التمهيدي الذي أعدته لجنة إصلاح التقنين المدني(٢).

فالمادة ٤٥٤ من التقنين المدني تحدد في فقرتها الأولى أنه بمجرد سريان أية وصاية، يدفع مجلس العائلة، بناء على كشف ووفقا لأهمية الأموال محل الإدارة، مبلغا سنويا يخصص لنفقة وتربية اليتيم، وكذلك نفقات إدارة أمواله،

---

(1) Art.114 du Code civil : " Sans préjudice de la compétence particulière attribuée à d'autres juridictions, aux mêmes fins, le juge fixe, le cas échéant, suivant l'importance des biens, les sommes qu'il convient d'affecter annuellement à l'entretien de la famille ou aux charges du mariage.

Il détermine comment il est pourvu à l'établissement des enfants.

Il spécifie aussi comment sont réglées les dépenses d'administration ainsi qu'éventuellement la rémunération qui peut être allouée à la personne chargée de la représentation du présumé absent et de l'administration de ses biens".

(2) Avant-projet de Code civil présenté par la Commission de réforme, 1953, première partie, p.249 et s., cité par J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°32, p.37, à la marge n°64.

وكذلك المبالغ التي يمكن أن تدفع للوصي"[1]. كذلك تضمنت المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدي المقدم من لجنة إصلاح التقنين المدني أحكاما من نفس الطبيعة ليس فقط في صالح القصر الخاضعين للوصاية ولكن أيضا في صالح أقارب الشخص الغائب. فهذه المادة تنص على أنه " بناء على طلب النيابة العامة أو المدير المؤقت أو الأطراف أصحاب الشأن، تحدد المحكمة، بواسطة استقطاع من الدخول أو عند الحاجة من الأموال الموكولة للمدير المؤقت، كيفية التكفل بالأعباء التي كان الغائب ملتزما بها بسبب زواجه أو أمواله في العائلة أو تنشئة وتربية أطفاله"[2].

أخيرا، تواجه الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من ذات المشروع التمهيدي أجر المدير المؤقت الذي يتحمل بإدارة أموال الشخص الغائب، في العبارات الآتية: " تحدد المحكم، عند الاقتضاء، مبلغ الأجر المستحق له (المدير المؤقت)".

من هذا العرض للنصوص التي تواجه نفس المضمون تقريبا الذي تتناوله المادة ١١٤ من التقنين المدني، يتضح لنا مدى أهمية هذه النصوص في تفسير الفقرات الثلاث للمادة ١١٤ والتي ستناولها تباعا وفقا لموضوعها.

---

(1) Art.454/1 du Code civil : " Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, le conseil de famille réglera par aperçu et selon l'importance des biens régies, la somme annuellement disponible pour l'entretien et l'éducation du pupille, les dépenses d'administration de ses biens, ainsi q'éventuellement les indemnités qui pourront être allouées au tuteur".

(2) Art.240 de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil : " A la requête du ministère public, de l'administrateur provisoire ou des parties intéressées, le tribunal détermine comment, par prélèvement sur les revenus et éventuellement sur les biens confiés à l'administrateur provisoire, il sera pourvu aux charges dont les présumé absent était tenu du fait de son mariage. ou des ses biens de famille ainsi qu'à l'établissement de ses enfants".

٧٧- أولا: نفقة الأسرة وأعباء الزواج (م١١٤/١ مدني): تمنح هذه الفقرة للقاضي مهمة أن يحدد، عند الاقتضاء، وتبعا لأهمية أموال الشخص الغائب أو غير الحاضر، المبالغ التي يجب أن تدفع سنويا لنفقة الأسرة أو لأعباء الزواج.

وتعكس هذه الفقرة الاهتمامات نفسها التي ترجمتها النصوص التي تناولناها في البند السابق، فموضوعها المشترك هو أنها تؤمن الحفاظ على غير القادر incapable أو أسرته في إطار نظام الحماية المقرر.

وتستوجب هذه الملاحظة منطقيا أن يتم تفسير الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من التقنين المدني المستوحاة، في حدود معينة، من المادة ٤٥٤ من ذات التقنين، في ضوء الذي كان متبعا في العمل من أجل تطبيق هذه المادة الأخيرة، سواء من مجلس العائلة إذا كانت هناك وصاية، أو من قاضي الوصاية في حالة الإدارة القانونية تحت رقابة القضاء.

هذا التفسير يجب أيضا أن يأخذ في الاعتبار ما تحيل إليه المادة ١١٤، حيث قد أحالت إلى المعايير المعتمدة بواسطة المواد ٢٠٨، ٢١٤، ١٤٤٨، ١٤٤٩ من التقنين المدني، والمادتين ١٢٨٢، ١٢٨٥ من تقنين المرافعات الجديد، من أجل تحديد مبلغ النفقة الواجب للأصول والفروع، أو مساهمة الأزواج في تكاليف وأعباء الزواج.

وتبدو هذه النقطة الأخيرة حاسمة، إذ توضح أن الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من التقنين المدني تكرس المبدأ الذي يقضي بأن الشخص الغائب، وهو ما يفترض أنه مازال حيا، يجب أن يستمر في تحمل التزاماته في مواجهة زوجه وأسرته في حدود ثروته واحتياجاتهم.

بالعكس، بالنسبة للديون ذات الصفة الغذائية (النفقة) المقررة للشخص الغائب، فالقضاء قد وضع مبدأ مقتضاه أن دفع الأداءات المتعلقة بهذه الديون

يجب أن يتوقف بمجرد اختفاء المستفيد وانقطاع أخباره، فنظرا لطبيعتها الشخصية البحتة، لا يجوز أن يطالب لمصلحته بالتزام غذائي[1].

من هنا يظهر تمييز بين الحقوق التي يمكن أن يحتفظ بها لمصلحة الغائب ويبقي مستفيدا منها، وذلك لافتراض أنه مازال على قيد الحياة، وتلك الحقوق التي تقتضي ممارستها، نظرا لطبيعتها الشخصية المحضة، الحضور الفعلي لصاحبها، علي سبيل المثال، تنفيذ الالتزامات التي تفرض واجب بالإسعاف أو بالمساعدة.

٧٨- ثانيا:نفقات تربية وسكن الأطفال (م١١٤/٢ مدني): تعيد الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من التقنين المدني التأكيد على فكرة كانت لجنة إصلاح التقنين المدني قد اعتمدها في صياغة المادة ٢٤٠ من مشروعها التمهيدي، من مقتضاها أن يمنح القاضي سلطة تحديد كيفية دفع نفقات سكن وتربية أطفال الشخص الغائب أو غير الحاضر.

في هذا الخصوص، قد يكون من المناسب أن نثير اختلافا بين الصياغة الحالية للتقنين المدني وصياغة المشروع الذي أعدته لجنة الإصلاح.

فإذا كانت المادة ٢٤٠ من هذا المشروع تنص على الدفع لتربية وسكن الأطفال، فإنها كانت متناسقة تماما مع المادة ٣٢٠ من ذات المشروع التي تلقي التزاما على عاتق الآباء بان يعدوا هذا المسكن[2].

---

(1) Cass. civ.1, 9 juillet 1992, Rép. Defrénois, 1993, art.35484, p.290, obs. J. MASSIP, cité par J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°34, p.39, à la marge n°65.

(2) Art.320 de l'avant-projet de Code civil, présenté par la Commission de réforme, première partie, Des effets du mariage : " Les époux concourent, dans l'intérêt de la famille, à en assurer la direction morale et matérielle, à élever les enfants et à préparer leur établissent. Si l'un des époux est frappé d'incapacité, s'il est en état

بالعكس، تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على أن الطفل ليس دعوى ضد أبيه وأمه من أجل المسكن بسبب الزواج أو غيره. من هنا، يجب أن تطبق الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من ذات التقنين في ضوء هذه القاعدة.

من أجل ذلك، يجب البحث في نوايا الشخص الغائب أو غير الحاضر فيما يتعلق بمستقبل أطفاله، من أجل احترام إرادته، والتي تظل فاعلة في هذا الخصوص. وإذا كان لا يبدو من عبارات المادة ٢٠٤ محل البحث وجود التزام قانوني بالمسكن، فإن المناقشة تظل مفتوحة ويثور التساؤل عن وجود التزام طبيعي من عدمه[1].

فضلا عن ذلك، يجب توخي الحذر حول الآراء والمعلومات التي يصرح بها الزوج الباقي والأقارب حول نوايا الشخص الغائب أو غير الحاضر.

يجب أيضا الحصول على موافقة الزوج الموجود إذا كان الزواج قد تم في شكل النظام المالي المشترك (المادة ١٤٢٢ من التقنين المدني).

فإذا لم يوجد زوج ولا أقارب، فيجب استشارة الوصي على الأطفال، كما لا يستبعد الاستماع للأطفال أنفسهم في هذا الخصوص.

وبالجملة، فتقدير اختيار أي الوسائل، يجب أن يتم تبعا لأهمية الأموال، كما تقرر الفقرة الأولى من المادة ١١٤.

---

d'absence ou s'il est condamné pour abandon de famille, l'autre exerce seul les attributions prévues à l'alinéa précédent. Il en est de même si l'un d'eux abandonne volontairement la vie commune ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son éloignement ou de toute autre cause", cité par J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°34, p.39, à la marge n°66.

(١) اختلف القضاء الفرنسي حول معرفة هل يمكن أن تفسر المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على أنها تكرس التزاما طبيعيا بمسكن الأطفال: انظر حول ذلك التعليق على المادة ٢٠٤ في:

Code civil français, 101e éd., Dalloz, 2002, p.217.

وقد ثار تساؤل في الواقع العملي حول الطبيعة الاستثنائية للاقتطاع من الذمة المالية للشخص الخاضع للحماية للوفاء بالالتزام بالمسكن (مسكن الأطفال)، وذلك بسبب التطور في الثروات والآداب والتشريع.

غير الفقه والقضاء يجيزان في الوقت الحاضر أن الالتزام بالنفقة الملقى على عاتق الآباء بواسطة المادة ٢٠٣ من التقنين المدني يمكن أن يذهب أبعد من البلوغ، وذلك بأن يسمح للطفل بأن يتابع دراسته، على سبيل المثال. فضلا عن ذلك، تكرس المادة ٢٩٥ من التقنين المدني، والمضافة بالقانون رقم ٧٥-٦١٧ الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٥، الحل نفسه.

هذه المساهمة في نفقة الطفل البالغ ألا تكون طريقة المشاركة في مسكنه والتي تسمح له بأن يكتسب المعارف الضرورية لممارسة نشاط مهني؟

في هذا الإطار، يجب أن يترجم تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١١٤، في أغلب الأحوال، في منح نفقة غذائية وفقا للقواعد العامة، وبالتوافق مع ما تنص عليه الفقرة الأولى من ذات المادة.

٧٩- ثالثا: نفقات إدارة الأموال وأجر النائب (م١١٤/٣ مدني): منحت الفقرة الثالثة من المادة ١١٤ من التقنين المدني القاضي السلطة بأن يحدد ما يلي:

- شروط دفع نفقات إدارة أموال الشخص الغائب أو غير الحاضر.
- أجر الشخص الذي يضطلع بمهمة النيابة عن الغائب أو غير الحاضر وبإدارة أموالهما.

ويكرس هذا النص الأحكام المنصوص عليها في المادة ١/٤٥٤ من التقنين المدني، وكذلك في المادة ٢/٢٣٨ من المشروع التمهيدي المقدم من لجنة إصلاح التقنين المدني.

ولهذا السبب لا تحتاج في تطبيقها سوى الرجوع إلى ما هو متبع في العمل

بخصوص مسألة الوصاية (المادة ٤٥٤ من التقنين المدني). وبصفة خاصة، يجب أن يؤخذ في الاعتبار أهمية الأموال محل الحماية، كما نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤. فهذه الفقرة قد كرست المبدأ الذي يحكم مجموع هذه الأمور، كما مر بنا.

المطلب الثالث
قواعد الميراث

٨٠- تثور في مرحلة غيبة الشخص مسألة ميراث الشخص الغائب. والأمر يتعلق هنا بمسألتين: الأولى موقف ميراثه من الغير، والثانية موقف ميراث الغير منه.

ونتناول هذين الموقفين في القانون المصري (الفرع الأول)، وفي القانون الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الغائب وأوضاع الميراث في القانون المصري

٨١- لبيان أوضاع ميراث الغائب في القانون المصري والذي تطبق عليها القوانين الخاصة والشريعة الإسلامية [1]، نفرق بين الغائب الذي في غيبة قريبة

---

(١) من الجدير بالملاحظة أن المشرع المصري قد نظم المواريث والوصايا بقوانين موحدة تطبق على المصريين جميعا، مسلمين وغير مسلمين. غير أنه يلاحظ أنه أجاز لغير المسلمين الاتفاق على تقسيم التركة وفقا لشريعتهم وذلك بالنص في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الخاص ببيان القانون الواجب التطبيق في مسائل المواريث والوصايا على أن" قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هي قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية، وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى". ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق أن يتم بين ما يعدون ورثة طبقا للشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية. حول هذا الاستثناء، انظر: د. جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، رقم ١١١، ص ١٨٤.

أو الغيبة غير المنقطعة، والغائب في غيبة بعيدة أو الغيبة المنقطعة " المفقود". فالغائب غيبة قريبة أو غير منقطعة هو حي ولا يثور الشك حول حياته وبالتالي يتحقق فيه شرط استحقاق الميراث وهو بقاؤه حيا عند وفاة المورث. وترتيبا على ذلك، إذا توفي أحد الأشخاص الذي يرثهم الغائب، فيحصل على نصيبه في هذا الميراث ويضم إلى ثروته ويخضع لما تخضع له من قواعد الإدارة.

أما الغائب الذي يكون في غيبة بعيدة أو غيبة منقطعة، وهو المفقود، فالقاعدة الشرعية التي تحكم هذه المسألة هو أن المفقود يعتبر حيا فيما يضره وميتا فيما ينفعه (١).

الشق الأول من القاعدة المتقدمة يقرر أن المفقود يعتبر حيا فيما يضره. وما يضر المفقود ينفع غيره بالتأكيد. وبناء على ذلك يعتبر المفقود حيا فيما يضره وينفع غيره. ويترتب على ذلك ما يلي:

أن مال المفقود لا يقسم على ورثته ويظل يدفع النفقة الواجبة عليه من ماله لمن يعوله من زوجة وأولاد وأقارب. وذلك لأن تقسيم التركة وعدم دفع النفقة أمور تترتب على وفاة الشخص، وهي أمور تضر المفقود، وبالتالي يفترض أنه حي بشأنها (٢).

---

(١) وبالرغم من أن قواعد الميراث قواعد موحدة بالنسبة للمصريين جميعا، مسلمين وغير مسلمين، وبالتالي تطبق القاعدة الشرعية المذكورة بالمتن على كل المصريين جميعا، إلا أن لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثذكس لسنة ١٩٣٨ قد نصت على هذه القاعدة في مادتيها ١٧٥ و١٧٦، حيث تنص المادة ١٧٥ على أن " الغائب يعتبر حيا في حق الأحكام التي تضره وهي التي تتوقف على ثبوت موته، فلا يتزوج زوجة أحد حتى يصدر حكم نهائي بالطلاق ولا يقسم ماله على ورثته"، وتنص المادة ١٧٦ على أن" الغائب يعتبر ميتا في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته، فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصي له بوصية، بل يوقف نصيبه من الارث وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته".

(٢) وكذلك زوجته تظل على ذمته. فالفرض أنه حي فيما يضره ولاشك أن الحكم بفرقة زوجته عنه أمر يضر به، وبالتالي تظل زوجته على ذمته. وهذا لا يمنع الزوجة من أن تطلب من القاضي تطليقها بائنا إذا غاب عنها الزوج بلا عذر مدة سنة فأكثر وتضررت من بعده عنها، حتى لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه (م ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

الشق الثاني من القاعدة أن المفقود يعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره. وبناء على ذلك لا يرث المفقود أحدا ممن مات من أقاربه ولا يقبض ما يوصى له به، لأنه يعتبر ميتا فيما ينفعه، وهذه الأمور فيها بلا أدنى شك منفعة له.

ولكن على سبيل الاحتياط يوقف للمفقود من تركة مورثه قدر نصيبه الذي يستحقه لو كان حيا، وكذلك يحفظ له ما أوصى له به (م ٤٥ من قانون الميراث) [١].

ونلاحظ هنا أن الشريعة الإسلامية تعامل المفقود، خلال فترة فقده، فيما يتعلق بالميراث والوصية، كما تعامل الجنين الذي يتوفى مورثه وهو في بطن أمه حيث يوقف له قدر نصيبه لو كان موجودا عند وفاة مورثه.

الفرع الثاني
الغائب وأوضاع القسمة الوراثية في القانون الفرنسي

٨٢- تشكل هذه الأوضاع، التي قم في الوقت نفسه الأشخاص الغائبين وغير الحاضرين، محل المادة ١١٦ من التقنين المدني.

ترتب هذه المادة، على نطاق التركة، نتائج المبدأ الذي يقضي بأن الشخص الغائب مازال على قيد الحياة.

هذا الشخص يمكن أن يدعى لتركة مفتوحة حتى بعد ملاحظة قرينة الغياب.

وقد نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدني، المعدلة بالقانون رقم ١١٣٥ الصادر في ٣ ديسمبر ٢٠٠١، في فقرهًا الثانية صراحة على هذا الأمر عندما نصت على أنه" يمكن أن يرث هذا الذي قد افترضت غيبته وفقا للمادة

(١) م ٤٥ من ق المواريث " يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحق من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

١١٢" [1]. وتطبيقا لهذه القاعدة نصت المادة ١١٦ من التقنين المدني، معدلة بالقانون رقم ٧٢٨ الصادر في ٢٣ يونيه ٢٠٠٦، على الفرض الذي يكون فيه " الغائب شريكا في مال يجري تقسيمه".

وقد فصلت المادة ١١٦ أحوال هذه القسمة الوراثية على النحو التالي:

" عندما يكون الغائب شريكا في مال يجري تقسيمه، يمكن أن تتم هذه القسمة بطريقة ودية.

وفي هذه الحالة، يصرح قاضي الوصاية بإجراء القسمة ولو كانت قسمة جزئية، على أن يقوم بتعيين موثق، إذا كان هناك ما يدعو لذلك، ليتولى اجراءها في حضور وكيل الغائب أو الوكيل الذي حل محله طبقا لنص المادة ١١٥، إذا كان الوكيل الأصلي له مصلحة في القسمة.ويجب أن تعرض نتيجة القسمة على قاضي الوصاية للتصديق عليها.

ويجوز أن تجرى القسمة أيضا أمام القضاء وفقا لأحكام المواد ٨٤٠ إلى ٨٤٢.

وكل قسمة أخرى تعتبر قسمة مؤقتة" [2].

---

(١) فبعد أن أكدت في فقرتها الأولى على ضرورة وجود الشخص حيا عند افتتاح التركة حتى يرث، نصت المادة ٧٢٥ في فقرتها الثانية على أن الغائب يمكن أن يرث حتى بعد ملاحظة غيابه:

Art. 725 du Code civil. Modifié par **Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 19 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002**

Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou. ayant déjà été conçu. naître viable.Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112".

('2) Art.116 du Code civil : Modifié par **Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 29 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007**

ونلاحظ على التعديل الذي أدخله المشرع سنة ٢٠٠٦ على المادة ١١٦ من التقنين المدني ما يلي:

أولا: ان القسمة الوراثية التي يكون أحد أعضائها غائبا يمكن أن تتم بطريقة ودية، على خلاف ما كانت تنص عليه المادة ١١٦ قبل تعديلها سنة ٢٠٠٦ من أن القسمة يجب أن تجرى وفقا لما تنص عليه المادة ١/٨٣٨ من التقنين المدني، التي كانت تنص على أنه " إذا لم يكن جميع الورثة حاضرين، فإن القسمة يجب أن تتم أمام القضاء".

ثانيا: أن تعيين أحد الموثقين ليتولى إجراء القسمة في حالة القسمة الودية أصبح جوازيا لقاضي الوصاية بعد أن كان إجباريا قبل تعديل المادة ١١٦ في سنة ٢٠٠٦.

ثانيا: أن نتيجة القسمة الوراثية يجب أن تعرض على قاضي الوصاية للتصديق عليها على عكس ما كانت تنص عليه المادة ١١٦ قبل تعديلها من أن نتيجة القسمة يجب أن تعرض على المحكمة الكلية للتصديق عليها.

" Si le présumé absent est appelé à un partage, celui-ci peut être fait à l'amiable.

En ce cas, le juge des tutelles autorise le partage, même partiel, et désigne, s'il y a lieu, un notaire pour y procéder, en présence du représentant du présumé absent ou de son remplaçant désigné conformément à l'article 115, si le représentant initial est lui-même intéressé au partage. L'état liquidatif est soumis à l'approbation du juge des tutelles.

Le partage peut également être fait en justice conformément aux dispositions des articles 840 à 842.

Tout autre partage est considéré comme provisionnel".

رابعا: أن القسمة الوراثية يمكن أن تجرى أيضا أمام القضاء تطبيقا لأحكام المواد ٨٤٠ إلى ٨٤٢ من التقنين المدني.

خامسا: أن أية قسمة أخرى غير القسمة الودية والقسمة القضائية تكون قسمة مؤقتة.

المبحث الثاني

الآثار غير المالية لملاحظة غياب الشخص عن موطنه

٨٣- قد يؤثر غياب الشخص على علاقات الأحوال الشخصية، كالزواج والطلاق والميراث...الخ. وهنا نتناول على سبيل المثال تأثير غياب الشخص عن موطنه على العلاقات الزوجية والأولاد والنسب،...الخ.

وقد صنفنا مسائل الميراث ضمن الآثار المالية لملاحظة غياب الشخص عن موطنه، وهنا يتبقى لنا وضع علاقة الزواج الذي يكون الشخص الغائب طرفا فيها (المطلب الأول)، ثم موقف أولاده أو أطفاله القصر (المطلب الثاني)[1].

---

(١) ونستبعد في هذا الخصوص بعض المسائل، مثل أثر ملاحظة غياب الشخص على التبني الذي يوجد في القانون الفرنسي ولا يوجد في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، فالتبني هو نظام غير معترف به في نظامنا القانوني. والتبني هو نظام قانوني تصطنع فيه علاقة الأبوة والبنوة بين شخصين لا توجد علاقة قرابة بينهما. وهو بذلك ينشئ علاقة صناعية صورية بين المتبني والمتبنى.

والتبني نظام غير معترف به في النظام القانوني المصري، حيث تحظر الشريعة الإسلامية التبني: فهو حرام وباطل ولا يترتب عليه أي أثر أو حكم شرعي(نقض مدني، ١٠ مارس ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ٥٩٣).

وإذا كانت بعض الطوائف المسيحية في مصر تجيزه فإن حكمه يستبعد ولا يطبقه القضاء على منازعات غير المسلمين لمخالفته للنظام العام في مصر. انظر في هذا المعنى: د. لاشين محمد الغاياتي، دروس في الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ٢٨٨ وما بعدها.

كما نستبعد أيضا أثر ملاحظة غياب الشخص على قرينة النسب. انظر في العلاقة بين قرينة النسب وقرينة الغياب في القانون الفرنسي:

J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n° 45, p.45 et s.

المطلب الأول
أثر ملاحظة غياب الشخص عن موطنه
على العلاقة الزوجية

٨٤- بقاء رابطة الزوجية قائمة: نظرا لاعتبار الشخص الغائب حيا في هذه المرحلة، فإنه يترتب على هذا الاعتبار بقاء رابطة الزوجية التي تجمع بينه وبين رفيقه قائمة.

وهذا الحكم متفق عليه في كل القوانين المقارنة تقريبا.

ففي القانون الفرنسي لا يترتب على ملاحظة قرينة الغياب انقطاع العلاقة الزوجية، وبالتالي لا يستطيع الزوج الباقي التزوج مرة أخرى، وإلا عد مرتكبا لجريمة تعدد الزوجات (إذا كان رجلا) أو تعدد الأزواج (إذا كانت إمرأة) Bigamie.

أما في القانون المصري وفي الشريعة الإسلامية، فإنه لا يترتب على غيبة الشخص انفصام رابطة الزوجية بل يظل الزواج قائما وساريا، وبالتالي لا تستطيع زوجة الغائب أن تتزوج في هذه الحالة مهما مر على غيابه من زمن ما دام لم يحكم بموته [1]. أما إذا كانت الغائبة إمرأة فإن العلاقة الزوجية بينها ...

---

(١) راجع فتاوى دار الإفتاء المصرية. وللفائدة نذكر واحدة منها. فقد سئل: ما حكم الدين في زواج امرأة بعد سفر زوجها، وانقطعت صلته بها عشر سنوات ولكنه عاد بعد زواجها بسنتين ؟ فأجاب: إذا غاب الزوج لا يجوز للزوجة أن تتزوج إلا بعد رفع أمرها إلى القضاء ليتخذ الإجراءات اللازمة لاستدعائه أو للحكم بفقده، أما أن تتزوج هي بغير ذلك فإن زواجها باطل، وتبقى على ذمة زوجها الأول، تعود إليه عند عودته حتى لو تزوجت بغيره، لأن الزواج باطل. وإذا حكم القاضي بفقد الزوج بعد الإجراءات المعروفة ثم تزوجت وعاد زوجها فالقضاء يعيدها إلى زوجها الأول إن لم يكن الزوج الثاني قد دخل بها، فإن عاد بعد الدخول بها يخير بين اخذها وأخذ صداقها وتبقى للزوج الثاني، على تفصيل يرجع إليه في قانون الأحوال الشخصية. والمهم أن زواجها قبل رفع الأمر للقاضي باطل، ولو عاد زوجها كان له الحق فيها دون الثاني (فتوى رقم ١٩٦٩٧).

وبين زوجها تظل قائمة غير أن هذا الزوج يستطيع أن يتزوج زوجة أخرى إذ المقرر شرعا وقانونا جواز التعدد للرجل حتى أربع زوجات، وذلك لقوله عز وجل: " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ" (النساء: الآية ٣).

٨٤ مكرر– حق الزوج الأخر في طلب الطلاق: وإذا كانت ملاحظة غيبة الشخص عن موطنه لا تفصم عرى الزوجية، إلا أنها يمكن أن تفتح السبيل أمام الزوج الباقي لطلب التطليق من القضاء [1].

في هذا الخصوص نجد أن غياب الشخص قد يفتح الباب للطرف الآخر أن يطلب التطليق من القضاء في النظام القانوني الفرنسي (الفرع الثاني)، أو يتيح للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة من القضاء في النظام القانوني المصري إذا توافرت مجموعة من الشروط (الفرع الأول).

الفرع الأول

التطليق للغيبة في القانون المصري

٨٥– المعمول به في القانون المصري أن الأحكام في منازعات الأحوال الشخصية، بالنسبة للمسلمين، تصدر " طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة" (المادة الثالثة فقرة أولى من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية).

---

(١) انظر حول هذه المسالة في الفقه الإسلامي: د. عبد العزيز بن محمد بن عثمان الربيش، التفريق بين الزوجين للغيبة، على الموقع التالي:

http://www.uqu.edu.sa/majalat/shariaramag/mag23/f09.htm

" ومع ذلك- تضيف الفقرة الثانية من المادة المتقدمة- تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية منظمة حتى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥- طبقا لشريعتهم- فيما لا يخالف النظام العام" [١].

تميز المادة الثالثة بين الأحوال الشخصية للمسلمين والتي تحكمها قوانين الأحوال الشخصية ثم الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة النعمان، وبين الأحوال الشخصية لغير المسلمين والتي تحكمها شرائعهم الخاصة فالشريعة الإسلامية.

وفيما يخص موضوع التطليق للغيبة ندرس أولا الوضع بالنسبة للمسلمين (الفرع الأول)، ثم نتبعه بالموقف لدى غير المسلمين (الفرع الثاني).

الغصن الأول

التطليق للغيبة لدي المصريين المسلمين

٨٦- نظمت المادتان ١٢ و١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية حالة التطليق لغيبة الزوج:

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه (المادة ١٢).

إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليها إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها.

وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار أو ضرب أجل (المادة ١٣).

---

(١) وتردد المادة الثالثة من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ نفس الأحكام التي كانت تنص عليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بتوحيد جهات القضاء.

كما أجازت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي في حالة عجز الزوج عن دفع النفقة بسبب غيابه، حيث تقرر أنه:

" إذا كان الزوج غائبا **غيبة قريبة** فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان **بعيد الغيبة** لا يسهل الوصول إليه، إن كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي".

٨٧- ويختلف التطليق للغيبة عن التطليق للهجر. فمعنى الغياب كما رأينا هو عدم وجود الشخص في موطنه الذي يجب أن يوجد فيه مما يفهم منه أنه يوجد في بلد أخر. وهنا يجوز للزوجة طلب التطليق تطبيقا للمادتين ١٢و١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سالفتي الذكر. أما الهجر فيقصد به ترك الزوج لمسكن الزوجية مع أنه يقيم في ذات البلد الذي يوجد فيه مسكن الزوجية، الأمر الذي يتحقق به الضرر الموجب للتفريق تطبيقا للمادة ٦ من المرسوم بقانون ذاته [١].

وفي إطار هذا المعنى يفرق بين الغياب والهجر، في نطاق علاقات الأحوال الشخصية.

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه "

---

(١) تنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١)".

إذا كانت غيبة الزوج عن زوجته المدة الموجبة للتطليق في بلد أخر غير الذي تقيم فيه فإن دعواها تكون تطليقا للغيبة خاضعة لنص المادتين ١٢، ١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا فإن دعواها تكون تطليقا للهجر وتخضع لنص المادة السادسة من القانون المذكور...ولا يغير من ذلك قصر المسافة بين البلدين لأنه مهما قصرت المسافة بينهما لا تعتبران بلدا واحدا "[١].

كما قضت محكمة النقض بأن التراخي في إتمام الزوجية بسبب الزوج ضرب من ضروب الهجر يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن النعي على الحكم بعدم تطبيق المادتين ١٢، ١٣ من القانون ذاته في شأن التطليق لغياب الزوج لا أساس له[٢].

ويعتبر التطليق للهجر- مثله مثل التطليق للغيبة- صورة من صور التطليق للضرر، وبالتالي يجب تحديد ماهية الضرر ووسيلة إضرار الزوج بزوجته حتى يحكم به[٣].

٨٧ مكرر- وأخيرا، رتب القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الحكم

(١) نقض " أحوال شخصية" ٢٥ مارس ١٩٩٦، مجموعة أحكام النقض، س ٤٨، ج١، رقم ١٠٤، ص ٥٤٥. وأضافت المحكمة بأن وصف الدعوى وإعطائها التكييف القانوني الصحيح هو من سلطة محكمة الموضوع دون التقيد بما اسبغه الخصوم عليها من تكييف وكل ذلك في حدود سبب الدعوى. فالعبرة في تكييف الطلبات المقدمة في الدعوى بحقيقة المقصود منها وليس بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات.

(٢) نقض" أحوال شخصية" ٢٥ مايو ١٩٩٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٤، ع٢، رقم ٢٢٢، ص ٥٢٣.

(٣) نقض" أحوال شخصية" ٢٠إبريل ١٩٩٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٤، ع٢، رقم ١٦٧، ص ١٦٦. وتضيف المحكمة أنه يجوز للزوجة في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه من صور سوء المعاملة أمام محكمة الدرجة الأولى لا يعتبر طلبا جديدا يمتنع قبوله طبقا للمادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

بعقوبة مقيدة للحرية نفس الأثر الذي يترتب على غيبة الزوج، حيث نص في المادة ١٤ منه على حق زوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر في أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

الغصن الثاني

التطليق للغيبة لدى المصريين غير المسلمين

٨٨- أوردت المادة ٥٢ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ حكم التطليق بسبب الغيبة بقولها: " إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية، بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته، وصدر حكم بإثبات غيبته، جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق".

كما جاء في بعض المصادر الأخرى مثل قوانين ابن لقلق أن مدة الغياب سبع سنوات، وفي الخلاصة القانونية مدة الغياب من خمس إلى سبع سنوات. ولا تشترط هذه المصادر ضرورة أن يكون الغائب لا تعلم حياته من وفاته، بل أنها تصرح بأن الزواج ينحل ولو كانت حياة الغائب معلومة.

كما يجب بالإضافة إلى شرط المدة صدور حكم بإثبات غيبة الزوج حتى يمكن الحكم بالتطليق للغيبة[1]. ولا يعفى الزوج الذي يطلب التطليق من هذا الشرط حتى لو جاوزت مدة الغياب مدة خمس سنوات كأن تكون سبع سنوات مثلا[2].

---

(١) انظر: د. محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، دار الفكر العربي، ٧٨-١٩٧٩، رقم ٣١٠، ص ٣٢٥، ويرى سيادته (ص ٣٢٦) أن هذا " أمر منطقي ما دام أن انحلال الزواج بالتطليق تترتب عليه- بلا شك- أضرار بالنسبة للغائب، ولا يسوغ أن تكون كلمة طالب التطليق لهذا السبب هي القول الفصل في هذا الشأن خشية التحايل، ومن ثم يتعين أن يصير التأكد من الغياب للقاضي نفسه".

(٢) ومع ذلك يرى الأستاذ الدكتور/ جميل الشرقاوي عدم ضرورة صدور حكم سابق بإثبات الغيبة إذا استمرت الغيبة سبع سنوات، الأحوال الشخصية، ص ٣٥٥، أشار إليه د. محسن البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ٦٤٠ هامش رقم ١.

٨٩- ويقرر الفقه المصري أن التطليق بسبب الغيبة يتعطل عمليا لدى المصريين غير المسلمين ولا توجد فائدة له، وذلك لوجود نظام قانوني موحد لكل المصريين خاص بالمفقود. وفقا لهذا النظام، يمكن الحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات، أو أقل، إذا كان غيابه قد تم في ظروف يغلب عليها الهلاك، أو وفقا للمدة التي يقدرها القاضي إذا كان الغياب قد تم في ظروف لا يغلب عليها الهلاك، وفي هذه الحالة يترتب على الحكم انحلال الزواج بقوة القانون، وبناء على ذلك لن يكون فائدة من تطبيق الشريعة الخاصة بالأقباط الأرثوذكس [١].

غير أنه يبقى للحكم الخاص بالتطليق للغيبة في طائفة الأقباط الأرثوذكس أهمية في الفرض الذي يتم الغياب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك، ويرفض القضاء الحكم باعتبار المفقود ميتا على الرغم من مرور أربع سنوات[٢].

٩٠- الحكم بعقوبة سالبة للحرية: تربط الطوائف الأرثوذكسية بين أحكام الغيبة وبين حالة الحكم على أحد الزوجين بعقوبة جنائية. وترتيبا على ذلك، أعطت الخلاصة القانونية للمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية حكم " الغائب المجهول أمره أو المعلوم مدة من خمس إلى سبع سنوات".

ويكشف الربط بين الغيبة والحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية عن تشابه الأساس الذي يقوم عليه كل من السببين وهو تضرر الزوج الأخر من غيبة زوجه ولهذا يجوز له أن يطلب التطليق دفعا لهذا الضرر [٣].

---

(١) د. محسن البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص ٦٣٩؛ د. نجوى أبو هيبة، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ٢٠٠٧، ص ٢٩٣.

(٢) د. محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، رقم ٣١٠، ص ٣٢٦؛ د. محسن البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص ٦٣٩.

(٣) د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مؤسسة الثقافة الجامعية،

وإذا كان التطليق يجد أساسه في الضرر في حالتي الغيبة والحكم بعقوبة جنائية سالبة للحرية، فإنه يوجد فارق بين الحالتين، وهو أنه في التطليق للضرر يلزم مرور مدة معينة يتضرر منها الزوج الباقي، أما في التطليق للحكم بعقوبة سالبة الحرية لا يحتاج الأمر لمثل هذا الانتظار، وذلك يرجع- كما يرى الفقه- إلى أن مجرد الحكم يكفي للقول بتأكد وقوع الضرر بالزوج الأخر[1]. فمتى تحقق القاضي من صدور الحكم بالعقوبة الجنائية سالبة الحرية التي تتجاوز سبع سنوات، كان عليه أن يجيب الزوج طالب التطليق إلى ما يطلبه.

وتأخذ المجموعات القانونية الحديثة بهذا السبب كمبرر لطلب التطليق، وهو نفس ما تأخذ به القوانين الغربية وخاصة القانون الفرنسي[2].

من ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ من أن " الحكم على احد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الأخر طلب الطلاق". وتقترب نصوص الطوائف الأخرى من هذا المعنى مع اختلاف في بعض التفصيلات المتعلقة بالتطبيق.

مما تقدم يتضح أنه يشترط للحكم بالتطليق بسبب الحكم بعقوبة سالبة للحرية شرطين: أن يصدر حكم جنائي بات على أحد الزوجين، وأن يتضمن هذا الحكم توقيع عقوبة سالبة للحرية من العقوبات المذكورة في النص، وهي الأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس، ولمدة معينة وهي سبع

الإسكندرية، ١٩٩٦، رقم ١٩١، ص ٢٩٤.

(١) د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٩٦، رقم ١٩١، ص ٢٩٥.

(٢) يعطي القانون الفرنسي- كما سنرى- للزوج أن يطلب التطليق إذا حكم على الزوج الأخر بعقوبة سالبة للحرية تجاوز ثلاثة سنوات.

سنوات على الأقل وإن كانت بعض الطوائف كالأرمن تكتفي بثلاث سنوات فقط[(١)].

الفرع الثاني
التطليق للغيبة في القانون الفرنسي

٩١- يفتح الغياب بكل صوره أمام زوج الشخص الغائب الطريق للتطليق استناد إلى عدة أسباب.

فهناك أولا: طلب التطليق من أجل خطأ الزوج الأخر:

Le divorce pour faute

ثانيا: طلب التطليق من أجل فصم عرى الحياة المشتركة:

Le divorce pour rupture de la vie commune

ثالثا: طلب التطليق من أجل هجر منزل الزوجية:

L'abandon du foyer conjugal

رابعا: ويقاس على الهجر حالة الحكم على الزوج بعقوبة جنائية سالبة للحرية.

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، الطبعة الخامسة، رقم ١٢٥، ص ٢٤١ وما بعدها؛ د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، الطبعة الثانية، مكتبة دار القلم، المنصورة، ٢٠٠٠-٢٠٠١، رقم ٢١٥، ص ٢١٤(ويضيف سيادته شرط آخر وهو ألا يكون قد حصل وقف تنفيذ للعقوبة لأي سبب من الأسباب، إذ يؤدي ذلك إلى سقوط حق الزوج في طلب التطليق، لأن التطليق يستند إلى نظرية العلاج ورفع الضرر وليس لنظرية الجزاء)؛ د. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٥٩.

أولا: التطليق بسبب خطأ الزوج:

٩٢- تعد الغيبة أو عدم الحضور من الأسباب التي تمكن زوج الشخص الغائب أو غير الحاضر من طلب التطليق استنادا إليها على اعتبار أنها تشكل خطأ من جانبه تطبيقا للمادة ٢٤٢ من التقنين المدني [١].

وتتكلم المادة ٢٤٢ سالفة الذكر على العناصر التي تشكل خطأ يعطي للزوج الأخر الحق في طلب التطليق.

وفي تحديد هذه العناصر، يقرر الفقه أنه قبل اصلاح نظام الطلاق سنة ١٩٧٥، كان يميز بين ثلاثة أسباب للطلاق، التي ترتبط جميعها بفكرة الطلاق على سبيل الجزاء «divorce-sanction»: وهي الزنا، الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية عن فعلة مخلة بالشرف، استعمال العنف أو الشتائم الفاحشة (السب) [٢].

هذه الاسباب الثلاثة للطلاق قد خففت عبر فكرة الطلاق بسبب الخطأ.

ففيما يتعلق بالزنا، باعتباره زنا، فقد ألغيت النصوص الخاصة به بمقتضى قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ [٣].

فمن ناحية، لم يعد يشكل جريمة جنائية. ومن ناحية ثانية، لم يعد يؤخذ

---

(١) انظر حول عدم الحضور كسبب لطلب التطليق للخطأ:

M. VIVANT, " Le régime juridique de la non – présence", n° 20, p.16 et s.

(٢) انظر حول المزيد من التفاصيل:

F. TERRE, D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, Précis Dalloz, 7e éd., Dalloz, Paris, 2005, n° 575, p.495 et s.

(٣) فقد ألغي قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ بشأن الطلاق الزنا كجريمة جنائية وعلى المستوى المدني ألغي الزنا كسبب من أسباب التطليق بوصفه زنا.

الزنا كسبب من أسباب التطليق إلا باعتباره أحد الأفعال التي تشكل خطأ يعطي للزوج الأخر طالب التطليق تطبيقا للمادة ٢٤٢ سالفة الذكر.

أما فيما يتعلق باستعمال العنف والسباب، فقد وضعه القانون الجديد ضمن الأفعال التي تنسب لأحد الزوجين ويمكن أن تشكل خطأ.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أدخل تعديلات على أسباب التطليق سالفة الذكر، فإن ذلك لا يجعلنا نظن بأن التطليق بسبب الخطأ أصبح يشغل مكانا ثانويا في المجتمع الفرنسي، بل على العكس مازالت معدلاته مرتفعة وإن كانت تشهد هبوطا تدريجيا. فعلى سبيل المثال: كانت نسبته في سنة ١٩٧٦، ٨٩ في المائة، وفي سنة ١٩٨٦، ٤٨ في المائة، وفي سنة ١٩٩٩، ٤٢,٧٦ في المائة[1].

وإذا كان القانون الصادر في ٢٦ مايو ٢٠٠٤ قد أبقى على الطلاق بسبب الخطأ، فإنه يلاحظ أنه قد قلل من اعتبارات الخطأ.

ومنذ هذا الاصلاح الحاصل في سنة ٢٠٠٤، الذي لم يغير تغييرا ملحوظا من تعريف الطلاق بسبب الخطأ، أصبحت المادة ٢٤٢ تنص على أنه:" يمكن لأحد الزجين أن يطلب التطليق عندما ينسب للزوج الأخر أفعال تكون مخالفة خطيرة أو متجددة للواجبات والالتزامات الزوجية تجعل بقاء الحياة الزوجية صعبا"[2].

من هذا النص نستخلص أنه يجب توافر عدة حتى يمكن طلب التطليق

---

(1) F. TERRE, D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, n° 575. p.496.

(2) Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 5 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005 : " Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune".

بسبب خطأ الزوج، هذه الأسباب تتخلص في ضرورة نسبة أفعال لأحد الزوجين، وأن تشكل هذه الأفعال مخالفة للواجبات والالتزامات الناشئة عن الزواج، وأن تكون هذه المخالفة خطيرة أو متجددة، وأخيرا أن تجعل هذه الأفعال الحياة الزوجية لا تطاق[1].

وترتيبا على ذلك، يمكن أن تشكل الغيبة أو عدم الحضور خطأ في جانب الزوج الغائب أو غير الحاضر يبرر طلب الزوج الأخر التطليق. وذلك لأن الغيبة أو عدم الحضور يمكن أن تشكل مخالفة للالتزام بالحياة المشتركة للزوجين.

وهذه الحالة تختلف عن الحالة التي يشكل فيها غياب أحد الزوجين توقفا للاشتراك في الحياة. وهي الحالة التي سنعرض لها حالا.

ثانيا: طلب التطليق لتوقف المشاركة في الحياة:

٩٣- توقف المشاركة في الحياة Cessation de la communauté de vie هو تعبير أكثر كفاءة من تعبير " منفصلين واقعيا" "séparés de fait " الذي كان مستخدما سابقا في موضوع التطليق لفصم عرى الحياة المشتركة (المادة ٢٣٧ قديم من التقنين المدني)، الذي كان يثير ترددات في كل مرة يريد المشرع ترتيب أثار قانونية على مواقف واقعية.

ولهذا فتعبير " المشاركة في الحياة" هو تعبير أكثر دقة من تعبير " الحياة المشتركة"[2]. فهو التعبير الذي استخدمته محكمة النقض فيما مضى مقررة أن المادة ٢٣٧ (قديم) لم تجر أي تمييز فيما يتعلق بالظروف التي تصاحب انفصال الزوجين وأنه يكفي، حتى تكون الظروف المنصوص عليها بواسطة القانون

---

(١) انظر في هذه الشروط بالتفصيل:

F. TERRE, D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, , n° 575 et s., p.496 et s.

(2) M.-C. MANIGNE, " La communauté de vie", JCP 1976, I, 2803.

متوافرة، أن الاشتراك في الحياة سواء ماديا أو عاطفيا قد توقف بين الزوجين[1]. وهذا يعني أن التقدير سينصب على الموقف نفسه أكثر من التركيز على الظروف التي أدت لوجوده أو استمراه.

ويبقى أن نشير إلى أن توقف المشاركة في الحياة يثير، من الناحية الواقعية أو المادية، حياة منفصلة، ومن الناحية الفكرية أو الذهنية، وجود رغبة أو نية في توقف الحياة المشتركة.

فإذا توافر بسبب الغيبة وجود شروط التطليق لتوقف المشاركة في الحياة حكم القاضي به.

ثالثا: التطليق بسبب هجر منزل الزوجية:

٩٤-يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها إذا غاب الزوج عن منزل الزوجية مدة تتجاوز السنة.

وللمحكمة أن تتأكد من هذا الغياب ومدته والمكان الذي يوجد فيه الزوج بكافة وسائل الإثبات. ويفرق في هذا الخصوص بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان مكان الزوج معروفا، فإن المحكمة توجهه إلى ضرورة الإقامة مع زوجته في منزل الزوجية أو أن يجعلها تأتي لتقيم معه حيث يقيم هو، وأن تضرب لذلك أجلا معينا. فإذا لم يستجب إلى تنفيذ قرار المحكمة، فإنها تحكم بتطليق الزوجة.

الفرض الثاني: إذا كان عنوان الزوج غير معروف، فيجب البحث عنه بكافة الطرق، بمساعدة النيابة العامة، وبواسطة القيم. فإذا ظل غائبا- رغم ذلك- أعلنت المحكمة تطليق الزوجة طلاقا بائنا irrévocable.

---

(1) Cass. Civ.2, 30 janvier 1980, Bull. Civ., II, n°17, p.11: "il suffit, pour que les circonstances prévues par la loi (sont) remplies, que la communauté de vie tant matérielle qu'affective (a) cessé entre les conjoints".

٩٥- كما يمكن أن تؤسس الزوجة طلبها التطليق على غياب زوجها، إذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على ثلاث سنوات، بعد مرور سنة من تاريخ إيداعه السجن. Sa mise en détention.

وفي كل الأحوال، يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنتين من تاريخ القبض على الزوج حتى ولو لم يصدر حكم بإدانته بعد.

المطلب الثاني
أثر ملاحظة غياب الشخص عن موطنه على أولاده القصر

٩٦- يترتب على ملاحظة غيبة الشخص بعض التأثيرات في مواجهة أولاده القصر. وتناول موقف هؤلاء الأولاد في القانون المصري (الفرع الأول)، والقانون الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول
موقف الأطفال القصر للغائب في القانون المصري

٩٧- ينص القانون على أن ولاية الشخص على أولاده القصر توقف بقرار من المحكمة، إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة (المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال).

والحكمة من وقف الولاية في هذه الحالة أن الولي الغائب أو المعتقل يقوم به مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته، حيث تفترض الولاية كمال أهلية الولي [1].

---

(١) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، رقم ١٩٨، ص ٤٠١ وما بعدها.

٩٨- وعندما توقف ولاية الأب لغيابه أو اعتقاله تنتقل الولاية إلى الجد الصحيح- أب الأب- إن كان على قيد الحياة، أما إذا كان الجد قد توفى أو موجود ولكن يقوم به سبب يمنعه من ممارسة الولاية على أحفاده، فإنه يجب تطبيق نظام الوصاية على أولاد الشخص الغائب أو المعتقل.

الفرع الثاني
موقف الأطفال القصر للغائب في القانون الفرنسي

٩٩- يخضع موقف الأطفال القصر للغائب في القانون الفرنسي للأحكام العامة للتقنين المدني المتعلقة بالسلطة الأبوية والقصر.

وفي هذا الصدد، تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدني على أن يفقد الأب أو الأم ممارسة السلطة الأبوية، أو يحرم منها مؤقتا، عندما يكون في حالة لا يمكن معها التعبير عن إرادته بسبب غيابه أو إبعاده أو بأي سبب آخر (١).

ونتيجة لذلك، تخضع المادة ٣٨٩-٢ الطفل لنظام الإدارة القانونية مع رقابة قاضي الوصاية عندما يوجد واحد من آبائه في الموقف المنصوص عليه في المادة ٣٧٣ (٢).

---

(1) Art.373 du Code civil, Modifié par **Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 5 JORF 5 mars 2002** : "Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause".

(2) Art.389-2 du Code civil, Modifié par Loi n°2002-305 du mars 2002 - art. 8 JORF 5 mars 2002 : " L'administration légale est placée sous le contrôle du juge des tutelles lorsque l'un ou l'autre des deux parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale ; elle l'est également, en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale".

أخيرا، إذا كان الأبوان في حالة لا تسمح لهما بالتعبير عن إرادهما، بسبب غياهما أو إبعادهما، تقرر المادة ٣٩٠ من التقنين المدني فرض الوصاية على القاصر.

من عرض كل هذه النصوص المتقدمة، يتضح أنها تناول كل المشكلات التي تثور بسبب غياب الآباء أو عدم حضورهم، ولهذا السبب يرى بعض الفقه أن قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ قد أحسن صنعا عندما لم يضف نصوصا جديدة في هذا الخصوص تاركا المسألة لحكم القواعد العامة السارية ففي حقيقة الأمر لن تكون إضافة نصوص جديدة إلا مصدر للتعقيدات بل والتناقضات [1].

تكملة ختامية: عودة الشخص الغائب أو وفاته

١٠٠- بعد أن عرضنا لتقرير ملاحظة غياب الشخص عن موطنه وآثار الحكم بذلك، يجدر بنا أن ننهي هذا الموضوع بتناول فرض عودة الشخص الذي لوحظ غيابه وفرض وفاة هذا الشخص وأثر هذين الفرضين على المركز القانوني للشخص.

١٠١- نظم قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ في فرنسا هذين الموقفين بإدخاله نصين في التقنين المدني هما المادتين ١١٨و١١٩.

ففي يتعلق **بعودة الشخص الذي افترضت غيبته** أو عرفت أخباره، نصت المادة ١١٨ من التقنين المدني أن على القاضي، بناء على طلب هذا الشخص، أن يضع نهاية للإجراءات التي اتخذت في مسألة النيابة عن الغائب وإدارة أمواله، ويسترد الشخص أمواله المدارة أو المكتسبة على حسابه في خلال فترة غيابه [2].

---

(1) J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°44, p.45.

(2) Art. 118 du Code civil :" Si un présumé absent reparaît ou donne de ses nouvelles, il est, sur sa demande, mis fin par le juge aux

ومن النص المتقدم يبدو أن سلطة القاضي مقيدة في هذا الخصوص، فهو لا يجب أن يتصرف إلا بناء على طلب الشخص العائد. فهذا الأخير هو الذي يقدر ما إذا كان في حالة تسمح له بإدارة أمواله من جديد، أم على العكس يجد أنه من الأفضل أن تستمر إجراءات الحماية المتخذة بشأنه، وأخيرا قد يرى أن يسترد إدارة أمواله تدريجيا ولا يبدو من نص المادة ١١٨ أنها تمنع مثل هذا الخيار.

كما يتضح من نص المادة ١١٨ أن للشخص العائد أن يسترد أمواله المدارة أو المكتسبة على ذمته أثناء فترة غيابه. وله أن يتسلم من النائب أو المدير كشوف الحساب والتصديق عليها، وإذا كان قد تم تعيين أكثر من نائب أو مدير، فكل منهم يقدم كشوف حساب فيما يخصه.

وتطبق القواعد المتقدمة أيضا على الشخص غير الحاضر في حالة عودته بعد ملاحظة عدم حضوره.

أما فيما يتعلق **بوفاة الشخص الذي افترضت غيبته**، فقد نصت المادة ١١٩ من التقنين المدني على أنه إذا توفى الشخص الغائب حقيقة أو حكم قضائيا بوفاته، فإن الحقوق المكتسبة بدون غش بعد الحكم بملاحظة قرينة الغياب لا تتأثر، أيا كان التاريخ المعتمد لهذه الوفاة [1].

ويستخلص من النص المتقدم أن الحقوق التي تكتسب بعد الحكم بقرينة الغياب تكون صحيحة ونافذة ولا تتأثر بوفاة الشخص الغائب. غير أن المادة

---

mesures prises pour sa représentation et l'administration de ses biens ; il recouvre alors les biens gérés ou acquis pour son compte durant la période de l'absence".

(1) Art. 119 du Code civil : " Les droits acquis sans fraude, sur le fondement de la présomption d'absence, ne sont pas remis en cause lorsque le décès de l'absent vient à être établi ou judiciairement déclaré, quelle que soit la date retenue pour le décès".

١١٩ تستثني من هذا الحكم الحالة التي يوجد فيها غش، طبقا للمبدأ الذي يقضي بأن الغش يفسد كل شيء. في هذه الحالة، يمكن المنازعة في الحقوق المكتسبة، ويقع عبء إثبات الغش على من يدعيه بطبيعة الحال.

١٠٢- كان ما تقدم الوضع في القانون الفرنسي، فما الوضع في القانون المصري في حالة عودة الشخص الذي تم إثبات غيبته أو فقده أو في حالة موته؟

لا توجد نصوص في القانون المصري تعالج صراحة هذه المسألة ولكن في النصوص التي تحكم الأحوال الشخصية الغناء فإن لم يوجد فيجب البحث عن الحكم في الشريعة الإسلامية.

ففيما **يتعلق بعودة الشخص الذي حكم بإثبات غيبته أو فقده**، فإن له أن يطلب إنهاء الإجراءات التي اتخذت بخصوص النيابة عنه وإدارة أمواله، كما له أن يطلب استرداد أمواله التي كانت محل الإدارة والأموال التي اكتسبت على ذمته في خلال فترة غيابه.

أما فيما يتعلق **بوفاة الشخص الذي حكم بإثبات غيبته أو فقده**، فإن أمواله تقسم بين ورثته الموجودين في تاريخ وفاته (المادة الأولى من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣)، وترد الأموال التي أوقفت له احتياطا من نصيبه في ميراث غيره أو في وصية أوصى له بها إلى ورثة هذا الغير أو الموصي وذلك لأنه بالنسبة لأموال الغير يعتبر أنه قد مات من يوم الغياب أو الفقد استثناء من الحكم العام المتقدم (المادة ٤٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣).

الباب الثالث

الحكم بوفاة الشخص الغائب

الباب الثالث
الحكم بوفاة الشخص الغائب

١٠٣- في دراستنا للحكم بوفاة الشخص الغائب نتناول أولا أساس الحكم بوفاة الشخص الغائب في القانون المقارن (الفصل الأول)، ثم ندرس الشروط اللازمة للحكم بوفاة الشخص الغائب (الفصل الثاني)، وأخيرا آثار الحكم بوفاة الشخص الغائب (الفصل الثالث).

الفصل الأول

أساس الحكم بوفاة الشخص الغائب:

إعلان الوفاة أم إعلان الغياب:

فكرة واحدة أم فكرتان؟

الفصل الأول
أساس الحكم بوفاة الشخص الغائب:
إعلان الوفاة أم إعلان الغياب:
فكرة واحدة أم فكرتان؟

١٠٤- باستعراض النصوص التي تعالج موضوع الحكم بوفاة الشخص الغائب في القوانين المقارنة نجد أنها في الغالب تتبنى فكرة واحدة للحكم بوفاة الشخص الغائب، أيا كانت ظروف غيابه. وهذا هو موقف الشريعة الإسلامية، والقانون المصري، والقانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية، والقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، وهو كذلك موقف التشريع السويسري والتشريع الإيطالي والتشريع الألماني.

ولا يختلف عن هذه القوانين سوى التشريع الفرنسي الذي تبنى فكرتين: فكرة إعلان الغياب Déclaration d'absence وفكرة إعلان الوفاة Déclaration de décès.

ونعرض فيما يلي لفكرة إعلان وفاة الشخص الغائب كفكرة واحدة في كل حالات الغياب (المبحث الأول) ثم نناقش وجود أكثر من فكرة لهذا الاعلان (المبحث الثاني).

المبحث الأول
فكرة واحدة لإعلان وفاة الشخص الغائب:
الحكم بالوفاة

١٠٥- في القانون المصري- وفي الشريعة الإسلامية- إذا طالت غيبة الشخص بأن انقطعت أخباره فلم يعد يعرف مكانه ولا تعلم حياته من مماته، فإنه يصبح مفقودا. وكذلك إذا غاب في ظروف يكون من شأنها أن تعرض حياته للخطر.

ففي الحالتين، يخضع الشخص لنظام قانوني واحد: يبدأ بالحكم بوفاة الشخص الغائب، بما يترتب من آثار على هذا الحكم، مع وضع إحتمال ظهور الشخص مرة أخرى حيا بعد الحكم بموته.

وهذا الحكم يوجد أيضا في القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وفي قوانين الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة وسلطنة عمان وقد سبق واستعرضنا نصوصها في هذه المسألة.

كما يوجد نفس الحكم في التشريع السويسري والتشريع الإيطالي والتشريع الألماني. ونعرض موقف هذه التشريعات بخصوص مسألة إعلان الوفاة أو الغياب في الفقرات التالية.

١٠٦- **التشريع السويسري:** ينص التشريع السويسري على إمكانية الحصول على إعلان الغياب عندما يختفي الشخص في خطر الموت أو عندما لا يعرف عنه أخبار لمدة طويلة، ولكن يتطلب زيادة على ذلك، أن تبدو وفاة الشخص المختفي محتملة جدا (المادة ٣٥ من التقنين المدني السويسري[1]).

---

(1) Art.35 du Code civil suisse : " Si le décès d'une personne disparue, en danger de mort ou dont on n'a pas eu de nouvelles depuis longtemps parait très probable, le juge peut déclarer l'absence à la requête de ceux qui ont des droits subordonnés au décès. Le juge compétent est celui du dernier domicile en Suisse, ou celui du lieu d'origine si l'absent n'a jamais habité la Suisse".

ومن الملاحظ أن هذا النص يركز على الوفاة أكثر من تركيزه على الغياب وذلك لأن تطبيقه يكون مرهونا بتوافر عناصر للتقدير تسمح للقاضي بأن يستخلص أن وفاة الشخص المختفي أكثر رجحانا من بقائه حيا.

١٠٧ـ **التشريع الإيطالي**: أما فيما يتعلق بالتشريع الإيطالي، فهو يجيز، من ناحيته، إعلان قرينة الوفاة عندما تمر عشر سنوات منذ اليوم الذي يعرف فيه أخر أخبار الغائب (المادة ٥٨ من التقنين المدني الإيطالي [١]).

كما يمكن أن يتدخل هذا الإعلان أيضا عندما يوجد فقد في ظروف يفترض معها وفاة الشخص المختفي. في هذه الحالة، تتراوح المدة التي يمكن بانتهائها إعلان الغياب بين سنتين إلى ثلاث سنين تحسب ابتداء من نهاية الأحداث التي سببت موت الشخص الذي لا تعرف عنه أخبار (المادة ٦٠ من التقنين المدني الإيطالي[٢]).

---

(1) Art.58 du Code civil italien : " Lorsque dix années se sont écoulées depuis le jour où remontent les dernières nouvelles de l'absent, le tribunal compétent selon l'article 48 peut, sur demande du ministère public ou de l'une des personnes indiquées au début de l'article 50, déclarer dans un jugement la présomption de décès de l'absent au jour où remontent les dernières nouvelles. En aucun cas, le jugement ne peut être prononcé s'il ne s'est pas écoulé neuf ans depuis la majorite de l'absent. La déclaration de présomption de décès peut être faite même au cas où la déclaration d'absence fait défaut".

وينظم التقنين المدني الإيطالي في المواد ٤٨ وما بعدها نظام إعلان الغياب عندما يمر سنتان على اختفاء الشخص. وبالنسبة لأموال هذا الشخص يمكن أن يصرح مؤقتا للورثة الموصى لهم أو الشرعيين بتسلمها. وتتشابه هذه النصوص مع التشريع القديم للغياب الذي كان مطبقا في فرنسا. ولكن الحكم بإعلان قرينة الوفاة، الذي يمكن أن يصدر بعد عشر سنوات من الغياب، يضع حدا لهذا النظام المؤقت للغياب المعلن.

(2) Art.60 du Code civil italien : " Outre le cas indiqué dans l'article 58, la présomption de décès peut être déclarée dans les cas suivants :

يضاف إلى ما تقدم، أنه من المهم أن نلاحظ أنه إذا كان التقنين المدني الإيطالي قد نص فقط على إجراءات إعلان قرينة الوفاة، فإن هذه الأخيرة تطبق سواء في حالة غياب الشخص (بعد عشر سنوات منذ اليوم الذي يعرف فيه أخر أخبار الشخص المختفي)، أو في حالة فقد الشخص بمناسبة ظروف استثنائية (عمليات حرب، أسر، كوارث أو نوازل).

يوجد فقط إذن إجراءات واحدة بالنسبة للغيبة والفقد، ولكن يظل التمييز بين الغياب والوفاة المفترضة قائما كما في التشريع الفرنسي.

١٠٨ـ **التشريع الألماني:** نص التشريع الألماني على إعلان الوفاة المستخدم في حالات شبيهة لتلك الحالات المنصوص عليها في التشريع الإيطالي.

فطبقا للقانون المتعلق بالقصر والصادر في ١٥ يناير ١٩٥١ والساري

---

1) Quand une personne a disparu lors d'opérations de guerre auxquelles elle prenait part, soit dans le corps d'armée, soit à la suite de ceux-ci, ou auxquelles elle assistait, sans que l'on ait encore des nouvelles de cette personne et que soient écoulées deux années depuis l'entrée en vigueur du traité de paix, ou à défaut de celui-ci, trois années après la fin de l'année où les hostilités ont pris fin;

2) Quand une personne est faite prisonnière par l'ennemi ou internée par celui-ci, ou transportée en pays étranger, et que se soient écoulées deux années depuis l'entrée en vigueur du traité de paix, ou à défaut de celui-ci, trois années après la fin de l'année où les hostilités ont pris fin, sans que l'on ait reçu de ses nouvelles depuis l'entrée en vigueur du traité de paix ou depuis la cessation des hostilités;

3) Quand une personne a disparu à la suite d'une calamité et que l'on n'ait plus eu de ses nouvelles depuis deux années à compter du jour de la calamité, ou, si ce jour n'est pas connu, depuis deux années à compter de la fin du mois ou, si le mois également n'est pas connu, à compter de la fin de l'année au cours de laquelle la calamité est survenue".

حاليا، يمكن إعلان وفاة الشخص الغائب في نهاية مدة ١٠ سنوات تحسب من السنة التي تم تلقي أخر أخبار المختفي خلالها. ويرى بعض الفقه الفرنسي أن هذا يعني إعلان الغياب قضائيا كما يعرفه التشريع الفرنسي.

فضلا عن ذلك، يجيز القانون الألماني إعلان الوفاة في مدد قصيرة (من ستة شهور إلى سنة تبعا للحالات)، إذا كان الاختفاء قد حصل بمناسبة أحداث مثل العمليات العسكرية، غرق سفينة، تحطم طائرة.وهنا تبدو فكرة قرينة الوفاة واضحة عن الفرض السابق.

١٠٩- من هذا العرض المختصر للتشريعات الأجنبية السارية في وقت إصدار التشريع الفرنسي (٢٨ ديسمبر ١٩٧٧)، يبدو أن التماثل، على مستوى الإجراءات، بين الغياب المعلن والوفاة المفترضة لا يعفي من إجراء تمييز بين هذين المفهومين لكي تستخلص مجالات تطبيق كل منهما، وتحديد شروط اللجوء إلى أي منهما، وإلا سيؤدي عدم التمييز إلى التخلي عن أحد الفكرتين لصالح الفكرة الأخرى، على غرار القانون السويسري، الذي نظم بإجراءات واحدة، وهي وسيلة الإعلان القضائي للغياب فقط، موقف الأشخاص الذين يختفون في ظروف خطر الموت أو الأشخاص الذين لا تعرف أخبارهم لفترة طويلة من الزمن، تحت شرط وحيد هو أن تكون وفاتهم محتملة جدا، عاملا أيضا، على الأقل من حيث الظاهر، رؤية كاملة بين الوفاة المعلن والغياب المعلن لصالح هذه الأخيرة.

المبحث الثاني
فكرتان لإعلان وفاة الشخص الغائب:
إعلان الغياب وإعلان الوفاة

١١٠- يوجد في القانون الفرنسي- كما ذكرنا سابقا- فكرتان: فكرة إعلان الغياب وفكرة إعلان الوفاة.

مع ما يترتب على وجود هاتين الفكرتين من تداخل بل وتضارب في بعض الأحيان [1]، إلا أن القانون الفرنسي قد احتفظ بهما.

فقد أقام القانون الصادر في ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧ إعلان الغياب على أساس أنه توجد قرينة على وفاة الشخص الغائب. مع أن التقنين المدني الفرنسي يعرف مركزا يتشابه مع هذا الموقف وهو الإعلان القضائي للوفاة المنصوص عليه في المواد ٨٨ وما بعدها.

فلماذا احتفظ القانون الفرنسي بالفكرة القانونية للغياب المعلن في حين أنه كان من السهل الأخذ بالفكرة الموجودة سلفا وهي فكرة الوفاة المعلنة قضائيا والتي تؤدي إلى نتائج مطابقة ويمكن أن تحل المشكلات الناتجة عن الغياب؟

---

(١) انظر حول هذه المسألة:

D. HIEBLOT, " De l'absence à la disparition", La gazette Ant-trn, Le 22 novembre 2005:

http://www.webzinemaker.com/admi/m6/page.php3?page=3&total=81&num_web=34361&rubr=4&id=281871.

I. CORPART, "TSUNAMI : Après la catastrophe en Asie, Des centaines de touristes français dont on est sans nouvelle : absence ou disparition ?",

http://www.jac.cerdacc.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/98c4b9fc2ed5792ec1256d640028f9d2/58b1389f85fc0306c1256f860033284d?OpenDocument

في هذا الصدد، يجب ان نلاحظ أنه في وقت إصدار القانون الجديد بشأن الغائبين (١٩٧٧)، كان يوجد في التشريعات الأجنبية اتجاه معين لمحو تشابه الفكرتين: الغياب والوفاة المفترضة، مثل التشريع السويسري والتشريع الإيطالي والتشريع الألماني، كما عرضنا لتحليل لها سابقا.

ولكن الرغبة في مخالفة الأنظمة المختلفة الموجودة في الدول المجاورة لفرنسا، والانشغال بالاحتفاظ ببعض الاختلاف بين القانون القديم والقانون الجديد، ومناسبة التمييز بين المعايير التي يتوقف عليها إعلان الوفاة وإعلان الغياب، أدت بالمشرع الفرنسي بأن يبقي على إجراءات متوازية، تؤدي أحداهما أو الأخرى إلى إصدار قرار يتضمن كل آثار الوفاة العادية، ولكن سريانها يأخذ في الاعتبار الموقف الذي سبب تفعيلها.

فيوجد الإعلان القضائي للوفاة عندما يختفي شخص في ظروف من طبيعة أن تضع حياته في خطر. في هذا الفرض، تعتبر الوفاة محتملة، وإعلانها لا يتوقف على مرور مدة سابقة، والإجراءات لا تخضع لنشر خاص، ولكن فقط يجب أن يسجل الحكم المعلن للوفاة وأن تذكر بياناته في سجل الأحوال المدنية، طبقا للمادة ٩١ من التقنين المدني.

أما بالنسبة للإعلان القضائي للغياب، فالموقف مختلف. فعندما يتوقف شخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته دون أن تعرف أخباره. في هذا الفرض، تكون وفاة الشخص الغائب غير مؤكدة بشكل كبير.

وبسبب هذا الشك حول وفاة الشخص الغائب، لا تقبل الدعوى إلا بانتهاء مدة معينة (عشر سنين أو عشرين سنة حسب الأحوال)، كما انه توجد إجراءات نشر خاصة يجب إتباعها أثناء الدعوى وبعد الحكم الصادر فيها [1].

وأخيرا، يرى الفقه الفرنسي، دفاعا عن هذا النظام المزدوج، أنه إذا كان

---

(١) انظر المادتين ١٢٣ و١٢٧ من التقنين المدني.

الحكم الكاشف عن الغياب والحكم المعلن للوفاة هما حاليا نفس النتائج، ويجب تبعا لذلك أن يكونا محلا للتسجيل والقيد في سجلات الأحوال المدنية[1]، فإنه ألهما يظلان متميزان الواحد عن الأخر. فقط عن طريق الرجوع للسجلات حيث يوجد مستخلصات منهما، من أجل السماح للغير الذي يحتج بهما في مواجهته بأن يعرف الحدود بين الغياب والوفاة المفترضة، والقول بالعكس أي باتخاذ إجراء وحيد تقام على أساسه قرينة الوفاة، أيا كانت الظروف التي اختفى فيها الشخص المقصود، سيجعل الاستعلام سيئا ولا يفي بالغرض [2].

ومن الواضح ضعف أساس التمييز بين إعلان الغياب وإعلان الوفاة، لأن التمييز بين الأفكار القانونية يجب أن يستند على خصائصها الذاتية ومميزاتها الخاصة وليس على أساس خارج عنها، كوسيلة الشهر: مثل تسجيلها أو قيدها، ومما يضعف من هذا الأساس أيضا أن الحكمين في الحالتين يخضعان لنوع ما من الشهر.

وأيا كان الوضع، فهذه هي الاعتبارات العامة التي يقوم عليها حاليا وجود إجراءات للإعلان القضائي للغياب وأخرى للإعلان القضائي للوفاة في القانون الفرنسي.

---

(١) انظر المادتين ٩١ و١٢٧ من التقنين المدني.

(2) J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n°73, p.79.

الفصل الثاني

الشروط اللازمة للحكم بوفاة الشخص الغائب

الفصل الثاني
الشروط اللازمة للحكم بوفاة الشخص الغائب

١١١- تشترط القوانين المقارنة شروطا مشتركة للحكم بوفاة الشخص الغائب مثل ضرورة أن يتم الغياب في ظروف معينة وأن تمر مدة معينة على هذا الغياب (المبحث الثاني) ولكن قبل التعرض لشرط المدة وظروف الغياب نعرض أولا للإجابة على السؤال الآتي: هل يلزم ملاحظة قرينة الغياب كشرط أو تمهيد سابق على الحكم بوفاة الشخص الغائب؟ (المبحث الأول).

المبحث الأول
ملاحظة غياب الشخص كتمهيد سابق على الحكم بوفاته

١١٢- يشترط القانون الفرنسي حتى يحكم بوفاة الشخص الغائب مرور مدة عشر سنوات من تاريخ الحكم بملاحظة قرينة الغياب أو مرور عشرين من يوم عدم ظهور الشخص في موطنه أو محل إقامته وانقطاع أخباره (المطلب الأول)، وإذا كان القانون المصري والشريعة الإسلامية لم ينصا صراحة على هذا الشرط التمهيدي، إلا أنه يبدو ضروريا التعرض لهذه المسألة ومعرفة الحكم فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول
موقف القانون الفرنسي:
قرينة الغياب تمهيد سابق على
الإعلان القضائي لغياب الشخص عن موطنه

١١٣- تنص المادة ١٢٢ /١ من التقنين المدني أنه " عندما تمر عشر سنوات على الحكم الذي لاحظ قرينة الغياب، سواء وفقا للأوضاع المحددة بواسطة المادة ١١٢، أو بمناسبة أحد الإجراءات القضائية المنصوص عليها في المواد ٢١٧و ٢١٩، ١٤٢٦و١٤٢٩، يمكن إعلان الغياب بواسطة المحكمة الابتدائية بناء على طلب كل صاحب مصلحة أو بناء على طلب النيابة العامة"[1].

---

(1) Art.122/1 du Code civil : "Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, soit selon les modalités fixées par l'article 112, soit à l'occasion de l'une des procédures judiciaires prévues par les articles 217 et 219, 1426 et 1429, l'absence pourra être déclarée par le tribunal de grande instance à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public".

من هذا النص يتضح أن ملاحظة قرينة الغياب شرط ضروري يبدأ منه سريان المدة، مدة العشر سنوات، التي يحكم في نهايتها بالغياب. ونقطة بداية هذه المدة هي اليوم الذي صدر فيه القرار الذي لاحظ قرينة الغياب.

هذا القرار يمكن أن يتدخل ليس فقط في إطار الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١١٢ من التقنين المدني، ولكن أيضا أثناء الدعاوى المقامة من زوج الشخص الذي يوجد في حالة تمنعه من التعبير عن إرادته، سواء من أجل إبرام تصرف يتطلب رضاء الزوج الأخر (المادة ٢١٧ من التقنين المدني)، أو من أجل الحصول تصريح من القضاء للنيابة عن هذا الأخير (المادة ٢١٩ من التقنين المدني) ، أو أخيرا من أجل الحصول على سلطة إدارة الأموال المشتركة أو أموال المفقود (المادتين ١٤٢٦و١٤٢٩من التقنين المدني).

وإذا كانت ملاحظة قرينة الغياب المتخذة بناء على أحد الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٢ من التقنين المدني، تمهيد سابق على الإعلان القضائي للغياب، إلا أن هذا التمهيد ليس إلزاميا. وترتيبا على ذلك، إذا لم يتخذ هذا التمهيد ظل الإعلان القضائي للغياب ممكنا بعد مرور عشرين عاما تحسب من اليوم الذي يتوقف فيه الشخص عن الظهور في مكان محل إقامته أو موطنه، وانقطعت أخباره (م ٢/١٢٢ من التقنين المدني) [1].

فاتخاذ إجراء ملاحظة قرينة الغياب لا يترتب عليه إذن سوى تخفيض المدة التي يحكم بعد مرورها بغياب الشخص إلى النصف (عشر سنوات بدلا من عشرين سنة).

---

(1) Art.122/2 du Code civil : "Il en sera de même quand, à défaut d'une telle constatation, la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans".

المطلب الثاني
موقف القانون المصري

١١٤- يستند الفقه الإسلامي، تبعا لاختلاف المذاهب، على أحد معيارين تحسب ابتداء منهما المدة التي يحكم بعد فواتها بموت الغائب (المفقود): تاريخ ميلاد الغائب أو تاريخ فقده[1].

أما القانون المصري فقد اعتمد على معيار وحيد هو تاريخ غياب الشخص أو فقده.

والقانون المصري وإن لم ينص صراحة على أن تحسب المدة ابتداء من تاريخ الحكم الذي يثبت الغيبة أو الفقد، إلا أن ذلك يمكن القول به في ظل النصوص القانونية السارية، كما أنه هو التفسير الذي كان يؤكده المشروع التمهيدي للقانون المدني.

فالقانون يعطي للمحكمة الابتدائية - دائرة الأسرة- الاختصاص بإثبات غيبة الأشخاص وفقدهم.

كما أن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن نصا يعطي لذوي الشأن أو النيابة العامة أن يطلبوا من المحكمة المختصة الحكم باعتبار الشخص مفقودا.

وترتيبا على ذلك، يمكن القول بأن الحكم بإثبات غيبة الشخص أو فقده يعتبر ضروريا لأن يحسب ابتداء من اليوم الذي يصدر فيه المدة التي سيحكم بعدها بموت الشخص الغائب أو المفقود.

---

(١) انظر حول المدة وبداية حسابها: د. ناصر إبراهيم المحيميد، حفظ حقوق الغائب والمفقود، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد الثاني والعشرون، ربيع الآخر ١٤٢٥هـ، ص ١٨٢ وما بعدها. يمكن الإطلاع على هذا البحث على موقع مجلة العدل على شبكة الإنترنت:

http://www.moj.gov.sa

غير أنه في ظل القواعد القانونية السارية والتي توزع الاختصاص بالحكم باعتبار الأشخاص الغائبين والمفقودين في عداد الأموات، بين جهات القضاء (محاكم الأسرة) والجهات الإدارية (رئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع)، يمكن القول بأن هذا الشرط غير إلزامي إذ يمكن الحكم باعتبار الشخص المفقود ميتا مباشرة دون الحاجة إلى حكم يثبت حالة الغيبة أو الفقد.

المبحث الثاني
ضرورة مضي مدة معينة لا يعرف فيها مكان الشخص الغائب ولا حياته من مماته

١١٥- تشترط جميع القوانين والشرائع للحكم بوفاة الشخص الغائب أن تمر مدة معينة على الغياب (المطلب الأول)، وأن لا يعلم مكان الشخص الغائب ولا حياته من مماته (المطلب الثاني).

المطلب الأول
ضرورة مرور مدة معينة على غياب الشخص

١١٦- تشترط النظم والشرائع المقارنة ضرورة مرور مدة معينة على غياب الشخص حتى يحكم بوفاته. غير أن هذه النظم تميز فيما يتعلق بحالات الغياب بين الغياب في ظروف عادية والغياب في ظروف غير عادية يترجح معها الظن بوفاة الشخص.

ونبدأ ببيان الموقف في القانون المصري (الفرع الأول)، ثم نتناول الموقف في القانون الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول
موقف القانون المصري

١١٧- كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ينص على اعتبار المفقودين في عداد الأموات بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد إذا كان الفقد يتم في ظروف يغلب عليها الهلاك ويفوض أمر المدة للقاضي في غير ذلك من حالات الفقد وبتعديله عام ١٩٩٢ تم خفض فترة السنوات الأربع بالنسبة لبعض فئات المفقودين لتكون عاماً واحداً لتواكب التطورات الكبيرة في مجال المعلومات والاتصالات والتي

أصبحت تساهم في مساعدة المشرع على اتخاذ القرار. وأخيرا تم تخفيض المدة إلى ١٥ يوما بالنسبة لمن يفقد على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت [١].

ونتيجة للتعديلات المتعددة التي أدخلها المشرع على القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يوجد حاليا في القانون المصري أربع مدد للحكم بوفاة المفقود: ٤ سنوات، سنة واحدة، ١٥ يوما، سلطة تقديرية للقاضي بحيث لا تقل المدة عن ٤ سنوات.

أولا: الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات:

١١٨- يستفاد من المادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه يمكن للقاضي أن يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده. وقد أخذ المشرع المصري التمييز بين الفقد الذي يغلب عليه الهلاك والفقد الذي لا يغلب عليه الهلاك من الفقه الحنبلي والفقه الحنفي[٢]. فالشخص الذي يفقد في ظروف ظاهرها الهلاك يحكم القاضي بموته بعد مضي أربع سنوات والشخص الذي يفقد في ظروف ظاهرها السلامة يفوض أمر المدة للقاضي بشرط ألا تقل عن أربع سنوات.

ويرى بعض الفقهاء أن مدة انتظار المفقود لم يأت بها نص قطعي، فهي اجتهادية، ولعل من ذهب إلى أنها أربع سنوات افترض لو أن المفقود في وسط

---

(١) جاء هذا التعديل بعد غرق العبارة السلام ٩٨. وقد أفاد تقرير من النائب العام أن السلطات السعودية سلمته تقريراً تضمن العدد الفعلي للعبارة الغارقة، وفقاً لما تم استخراجه من جوازات السفر من ميناء ضبا السعودي لمن ركبوا العبارة بالفعل. وهم ١٣١٧ راكباً بينهم ١٢٠٠ من المصريين و١١٧ من جنسيات أخرى، وانه طبقاً للتقرير بلغ عدد الناجين ٣٨٧ راكباً وبلغ عدد الجثث التي تم انتشالها ٤٠٩ جثث، منها ٢٨٢ تم التعرف عليها وسلمت لذويهم وهؤلاء ليس عليهم مشكلة »قانوناً«، والباقي من الضحايا البالغ عددهم نحو ٦٠٠ سيستفيدون من تعديل النص التشريعي: جريدة البيان الإماراتية، الصادرة في ١٤ فبراير ٢٠٠٦.

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

الأرض ومشى في شمالها في سنة وإلى جنوبها في سنة وإلى شرقها في سنة وإلى غربها في سنة، فتكون أربع سنوات هي أقصى مدة يمكن أن يصل فيها الإنسان لو كان حيا[1].

ثانيا: الحكم بوفاة المفقود بعد مضي سنة واحدة:

١١٩- على إثر حادثة غرق العبارة سالم اكسبريس تم تعديل المادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمقتضى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢. وبناء على هذا التعديل تم تخفيض المدة التي يحكم بمضيها بوفاة المفقود إلى سنة في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

وبتخفيض هذه المدة إلى خمسة عشر يوما على إثر غرق العبارة السلام ٩٨ بمقتضى القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦، تظل المدة سنة بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون في أثناء العمليات الحربية.

ونظرا لأن تحديد المدة التي يحكم بفواتها بموت الغائب المفقود ليس أمرا قطعيا إنما هو أمر اجتهادي فلم ير الفقهاء المحدثون بأسا من تخفيضها إلى مدة السنة وذلك تخفيفا على أهل المفقود واستفادة مما وصل إليه العلم الحديث من تقدم تقني[2].

---

(١) الأستاذ الدكتور/ أحمد محمود كريمة، أستاذ الشريعة بجامعة الأزهر، في تحقيق أجراه عصام هاشم حول مدى تأييد علماء الدين لتخفيض مدة الحكم بوفاة المفقود إلى عام بدلا من أربعة، جريدة الأهرام، ٢٠ فبراير ٢٠٠٨، ص٢٧.

(٢) الشيخ/ محمود عاشور وكيل الأزهر السابق وعضو مجمع البحوث الإسلامية، والأمر نفسه يؤكده الدكتور/ محمد الدسوقي أستاذ الشريعة بكلية دار العلوم بقوله: أن ظروف العصر

وقد عرض على مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف بجلسته الحادية عشرة في دورته الثامنة والثلاثين التي عقدت بتاريخ ١٦ من ربيع الآخر ١٤٢٣هـ الموافق ٢٧ يونيه ٢٠٠٢ م أمر تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باعتبار المفقود ميتا بعد مضي سنة ميلادية من تاريخ فقده في ظروف يغلب عليها الهلاك فوافق عليه، على أساس أن الحكم الاجتهادي الذي يقضي باعتبار المفقود ميتا بعد مضي أربع سنين من فقده كان مستندا للظروف والحالات الموجودة في العصر الذي صدر فيه هذا الاجتهاد دون نص قطعي أو ظني بهذا التحديد. ونظرا لتغير الظروف والأحوال ووسائل الاتصالات والمعرفة؛ فإنه لا مانع من مواءمة ما استجد من هذه الظروف وتغير الاجتهاد بتغير الزمان وما استجد فيه؛ وذلك أمر مقرر شرعا[1].

اختلفت واصبحت ميسرة تكنولوجيا، لذلك لا بأس من اختزال هذه السنوات الأربع في سنة واحدة يحكم بعدها بموت المفقود شريطة القيام بالتحري الدقيق والإجراءات الدولية المطلوبة لا أن يظل في صمت حتى يمر هذا العام: الأهرام، ٢٠ فبراير ٢٠٠٨، التحقيق السابق الإشارة إليه.

(١) فقد ناقش المجلس بجلسته المنوه عنها في المتن مذكرة لجنة البحوث الفقهية بشأن: المشروع المقدم من ثلاثة من أعضاء مجلس الشعب بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢١ من المرسوم رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م باعتبار المفقود ميتا بعد مضي سنة ميلادية من تاريخ فقده.

وقرر: الموافقة على ما جاء بالمذكرة من أنه لا مانع من تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢١ من المرسوم رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢م؛ وذلك بإضافة: " الحوادث الجسيمة التي يغلب فيها الهلاك؛ بحيث يصبح نص المادة كالآتي:

" يحكم بموت المفقود بعد مضي سنة من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو في حالات الحوادث الجسيمة التي يغلب فيها هلاكه، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية". انظر: مجمع البحوث الإسلامية، قراراته وتوصياته في ماضيه وحاضره، الجزء الثاني، إعداد: عبد الرحمن العسيلي وماهر السيد الحداد، سلسلة البحوث الإسلامية، الأزهر الشريف، السنة التاسعة والثلاثون- الكتاب السادس- ١٤٢٩هـ -٢٠٠٨م، القرار رقم ١٤٣، ص ٢١٨ وما بعدها.

ثالثا: الحكم بوفاة المفقود بعد مضي ١٥ يوما:

١٢٠- على إثر غرق العبارة السلام ٩٨ صدر القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل المادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لتصبح المدة التي يحكم بعدها بوفاة الأشخاص الذين يفقدون في حوادث الطائرات والسفن خمسة عشر يوما فقط من تاريخ الفقد (١).

ومن وجهة نظرنا لم يحقق هذا التعديل أية فائدة قانونية من الفوائد التي قيل أنه صدر لتحقيقها، ولكن كان الهدف منه هو تهدئة الرأي العام الغاضب على أداء الحكومة وعدم تصديها للفساد الموجود في قطاعات النقل وخاصة قطاع النقل البحري(٢).

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية- العدد ٦ (مكرر) في ١٥ فبراير سنة ٢٠٠٦. وقد نص هذا القانون في المادة على الأولى منه على أن " يستبدل بنص الفقرة الثانية من المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، النص الأتي:

" ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية".

(٢) وحول الأهمية العملية لتعديل نصوص قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نقول أن هذا التعديل لم يكن مجديا للاتي:

أولا: فيما يتعلق بإعلان وفاة الضحايا المفقودين وتقليل المدة إلى خمسة عشر يوما، إذا فقد الشخص في ظروف يغلب عليها الهلاك، بأن كان على ظهر سفينة غرقت أو في طائرة سقطت، نقول وتقليل المدة التي يعلن بعدها وفاة المفقود ربما لا يكون تصرفا حكيما وربما أيضا لا يقصد به مصلحة قانونية حقيقية بقدر ما يقصد به تحقيق أهداف سياسية هي في الغالب تهدئة الرأي العام الغاضب على أداء الحكومة في مواجهة الكوارث والأزمات.

وللتدليل على ذلك نقول بأن تخفيض المدة التي يعلن بعدها وفاة المفقود إلى خمسة عشر يوما لم تحقق الهدف منها وبالرغم من مرور مدة أكثر من أربعين يوما فان أهالي الضحايا لم يحصلوا على شهادات وفاة أقربائهم.

يضاف إلى ذلك أيضا عدم كفاية هذه المدة. فقد أذاعت بعض وسائل الإعلام حديث

رابعا: تفويض القاضي في تحديد المدة التي يحكم بمضيها بوفاة المفقود:

١٢١- أخيرا، تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه " في جميع الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

السيدة التي رأت ابنها على شاشة بعض الفضائيات من بين الناجين وبالرغم من مرور أكثر من شهر على هذه الحادثة فان هذا الابن لا يعرف مصيره ولا إلى أين ذهب ؟. فما يكون الحكم في هذه الحالة هل نحكم بموت هذا الابن بعد مرور الخمسة عشر يوما أم ماذا؟

ثانيا: فيما يتعلق بسرعة صرف التعويضات للضحايا، فان التساؤل عن تقليل المدة هل يفيد في ذلك؟

إذا كان الأمر يتعلق بتعويضات ستصرفها الدولة لضحايا العبارة أو من كان بالعبارة فان الأمر لا يحتاج إلى شهادة وفاة، ونفس الأمر يقال في حالة التبرعات من أهل الخير.

ومن الجدير بالذكر أن أهل الضحايا لم يتلقوا أية تعويضات من الحكومة أو تبرعات من أهل الخير على الرغم من مرور أكثر من شهر على الحادثة.

أما إذا كان الأمر يتعلق بصرف التعويضات من المسئول عن الحادث أو من مالك العبارة، فان الذي سيدفع هذه التعويضات في الغالب هي شركات التأمين، وهذه الأخيرة لن تدفع التعويض للضحية لمجرد وجود شهادة وفاة، إنما ذلك سيكون بمقتضى حكم قضائي يقرر مسئولية الشخص المؤمن لديها، أو على الأقل وجود تحقيق رسمي يثبت هذا الكلام. وهذا الأمر يحتاج إلى وقت أكثر من الخمسة عشر يوما بطبيعة الحال.

فإذا كانت شركات التأمين وطنية فانه يمكن أن تصدر الحكومة أمرا لها بصرف التعويضات للضحايا وفقا للمدد المعلنة، وهذا ما لم يحدث، أما إذا كانت شركات التأمين أجنبية، وهذا هو الغالب فيما يتعلق بالسفن والطائرات، فإنها ستكون بعيدة عن دائرة " تأثير" القرارات الحكومية الوطنية، وبالتالي لن تستجيب للضحايا أو لذويهم إلا بمقتضى حكم قضائي أو تحقيق رسمي، أو على الأقل وفقا للاشتراطات المنصوص عليها في عقد التأمين البحري أو الجوي.

انظر في ذلك للمؤلف: الوجيز في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨/٢٠٠٧، رقم ١٦٤، ص ٣٠٦ وما بعدها.

١٢٢- في جميع الفروض المتقدمة لا يحكم القضاء أو المختص من السلطة التنفيذية باعتبار الشخص ميتا إلا بعد مرور المدة المنصوص عليها وبعد التحري بكافة الطرق الممكنة لمعرفة الحقيقة بشأن حياة الشخص أو مماته. فإذا مات الشخص الغائب قبل مرور المدة المنصوص عليها، فإن كل ذي مصلحة يستطيع أن يدعي ذلك. فإذا أثبت ادعاءه انتهت شخصية المفقود بموته موتا طبيعيا وليس حكميا. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية ما يؤكد هذا النظر. فقد جاء بها : " أن كل ذي شأن كالزوجة أو ورثة المفقود له أن يدعي بموت المفقود حتى ولو لم تنقضي الأربع سنين المذكورة على فقده، فإن ثبتت الدعوى بأية طريق من طرق الإثبات انتهت شخصية المفقود حقيقة لا حكما" (١).

ومن ناحية أخرى، يلاحظ أن هذه المدد هي واحدة بالنسبة للمصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين. ولهذا قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٧٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس فيما يقرره من أنه " يجوز الحكم بوفاة الغائب بعد مضي ثلاثين سنة من الحكم بإثبات غيبته أو مضي تسعين سنة من حين ولادته" (٢).

---

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص ٣٢٨.

(٢) الطعن رقم ١٠٧- لسنة ٢١ق- جلسة ٩ ديسمبر ٢٠٠١- مكتب فني ١٠- جزء١- ص ٦٩. وجاء في هذا الحكم أنه قد " جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن القواعد التي تضمنتها شرائع الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، ومنها لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجلس الملي العام في ٩ مايو سنة ١٩٣٨، وعمل بها اعتبارا من ٨ يوليو سنة ١٩٣٨، هي قواعد قانونية من حيث عموميتها وتجردها، بما مؤداه خضوعها للرقابة الدستورية التي تتولاها هذه المحكمة".

وأن " النص في المادة التاسعة من الدستور على أن" الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري" يدل على أن المشرع الدستوري قصد إلى إطلاق حكم هذا النص ليشمل كل أسرة مصرية أيا كانت عقيدها الدينية، ثم أورد بعد ذلك حظرا شاملا لأية صورة من صور التمييز بين المواطنين، بنصه في المادة (٤٠) منه على أن:" المواطنون لدي القانون سواء، وهم متساوون

في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة" بما مؤداه أن القاعدة القانونية التي تقوم على تنظيم أوضاع الأسرة المصرية أو تتصل بهذا التنظيم برابط من الروابط، يجب أن تكون عامة ومطلقة في انطباقها على كل أسرة مصرية، كما هي عامة ومطلقة في انطباقها على كل مصري، وأنه لا يجوز أن تختلف قاعدة عن أخرى تتحد معها في محلها إلا أن يكون مرد الاختلاف هو اتصاله بشكل جازم بأمر العقيدة، حيث يجوز في هذه الدائرة وحدها أن تختلف القواعد القانونية، وهو اختلاف يتحد في انبعاثه من قاعدة دستورية مقابلة هي كفالة حرية العقيدة التي نصت عليها المادة (٤٦) من الدستور، والتي يتفرع عنها الاعتداد الكامل، والاحترام المطلق لعقائد المصريين الدينية كافة".

و" لما كان تنظيم أوضاع غيبة وفقد المصريين، هو أمر يتصل بحياتهم الاجتماعية ويندمج بالكامل في الأحكام الخاصة بتنظيم أحوال الأسرة المصرية في مفهومها المطلق الذي يتجاوز اختلاف العقائد والأديان، بما يجعله شأنا مصريا عاما لا محل فيه لخصوصية العقيدة وذاتيتها الروحية، وكان نص الفقرة الأولى من المادة (٢١) من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدلة قد جرى على أن " يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده"، في حين أن نص المادة (١٧٧) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس قد جرى على أنه "يجوز الحكم بوفاة الغائب بعد مضي ثلاثين سنة من الحكم بإثبات غيبته أو مضيّ تسعين سنة من حين ولادته" فإنه مؤدى النصين معا، أنهما وإن اتحدا في تنظيمهما لأحكام الغيبة والفقد، غير أنهما اختلفا اختلافا بينا في التنظيم الذي قرره كل منهما بشأن الطائفة المخاطبة بأحكامه، حال أن الطائفتين معا هما من المصريين الذين يجب أن يخاطبوا بقاعدة قانونية واحدة طالما تعلق الأمر بتنظيم لمسألة بعينها تتصل بحياتهم العامة، وإلا كان في خضوع بعضهم لتنظيم وخضوع البعض الأخر لتنظيم مغاير، تمييزا لمن كان التنظيم الخاضع له أكثر ميزة أو أيسر سبيلا".

و" بمقارنة نص الفقرة الأولى من المادة (٢١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بنص المادة (١٧٧) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، يبين أنه في حين أن النص الأول قد أجرى توازنا دقيقا بين حقوق المفقود واحتمالات ظهوره من جهة، وحقوق من تتصل حياتهم وأوضاعهم بفقده أو موته وحاجتهم لاستقرار أوضاعهم بقضاء يحسم الأمر في شأن فقده من جهة أخرى، ثم جعل هذا التوازن أساسا لتحديد المدة التي يحتمل فيها ظهور المفقود بجعلها أربع سنوات من تاريخ فقده – إذا كان يغلب عليه الهلاك– وهي مدة ليست بالقصيرة بحيث تتصادم مع مصالحه إذا تعرض لظروف استثنائية حالت دون تواصل أخباره، وليست ممتدة الإطالة بحيث تتصادم مع أوضاع وحقوق من تتصل حياتهم وأوضاعهم به، فإن النص الثاني – المادة (١٧٧) من لائحة الأقباط الأرثوذكس– قد صرف نظره فقط إلى

الفرع الثاني
موقف القانون الفرنسي

١٢٣- يشترط القانون الفرنسي مرور عشر سنوات على توقف الشخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته وانقطاع أخباره (م ١١٢ مدني) وتحسب هذه المدة من تاريخ الحكم الصادر بملاحظة غياب الشخص. أما إذا لم يصدر حكم بملاحظة الغياب فيمكن إعلان غياب الشخص بعد مرور عشرين سنة.

أما إذا كان الشخص قد اختفى في ظروف يكون من طبيعتها أن تضع حياته في خطر، فالقانون الفرنسي لم يحدد مدة معينة للحكم بوفاة الشخص ومنح القاضي سلطة تقديرية في هذا الصدد.

حقوق المفقود واحتمالات ظهوره، فأمهله للظهور ثلاثين سنة من تاريخ الحكم باثبات غيبته، أو استمراره غائبا حتى يبلغ التسعين من تاريخ ولادته، وهي مدد لا بد أن تصيب من تتصل حياتهم وأوضاعهم به، باضطراب وعدم استقرار شديدين، ويضع طائفة من الأسر المصرية ف وضع أقل استقرارا وأكثر ارتباكا من طائفة أخرى من الأسر المصرية، وهو حال يتصادم مع ما استهدفته المادة التاسعة من الدستور، من إعلاء شأن الأسرة المصرية وجعلها هي أساس المجتمع، كما يتصادم ونص المادة (٤٠) من الدستور فيما حظرته من أي تمييز بين المصريين، بما مؤداه أنه وقد أتى حكم الفقرة الأولي من المادة (٢١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بتنظيم أكثر قربا إلى طبائع الأمور، وأكثر يسرا على من يتحمل أعباء غيبة المفقود، وأدعي إلى تحقيق استقرار الأسرة المصرية، فإنه بذلك كله يكون التنظيم الذي يرجح في ميزان المقارنة بين التنظيمين، ويكون نص المادة (١٧٧) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، بما ينطوي عليه من إعنات على فئة من الأسر المصرية وإخلال بالمساواة الواجبة بين المصريين في شأن من شئونهم العامة، مخالفا للدستور، ومن ثم يتعين القضاء بعدم دستورية النص الطعين، وهو ما يترتب عليه صيرورة حكم الفقرة الأولى من المادة (٢١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ساريا على المصريين من المسلمين والأقباط الأرثوذكس، إعمالا لحكم المادة (٣٢) من القانون المدني والمادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية".

ويعني ما تقدم أن القانون الفرنسي يفرق بين الغياب الذي يتم في ظروف ظاهرها السلامة (أولا)، والغياب الذي يتم في ظروف يغلب عليها الخطر (ثانيا).

أولا: الغياب في ظروف تغلب عليها السلامة:

١٢٤- نصت على هذه الحالة المادتان ١١٢ و ١٢٢ من التقنين المدني الفرنسي.

وفقا للمادة ١١٢، إذا توقف شخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته وانقطعت أخباره، يمكن لقاضي الوصاية، بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة، أن يلاحظ قرينة غياب هذا الشخص.

ووفقا للمادة ١٢٢، إذا مضت عشر سنوات على الحكم الذي لاحظ وجود قرينة غياب شخص ما، سواء صدر هذا الحكم وفقا لأحكام المادة ١١٢ أو بمناسبة اتخاذ أحد الإجراءات المنصوص عليها في المواد ٢١٧، ٢١٩، ١٤٢٦، ١٤٢٩ من التقنين المدني، يمكن للمحكمة الابتدائية أن تعلن غياب هذا الشخص بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة (فقرة أولى).

كما يمكن للمحكمة الابتدائية أن تحكم بغياب الشخص – في حالة عدم صدور حكم يلاحظ قرينة غيابه- إذا توقف الشخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته، وانقطعت أخباره، لمدة تزيد على عشرين سنة (الفقرة الثانية).

ويترتب على الحكم القاضي بالغياب، سواء صدر من قاضي الوصاية أو من المحكمة الابتدائية، منذ تسجيله في سجلات الأحوال المدنية، جميع الآثار التي تترتب على الوفاة الطبيعية.

ثانيا: الغياب في ظروف يغلب عليها الخطر:

١٢٥- تناولت هذا الفرض المادة ٨٨ من التقنين المدني، عندما قررت أنه إذا فقد أحد الفرنسيين في ظروف يكون من شأنها أن تعرض حياته للخطر، ولم

يتم العثور على جثته، يمكن للمحكمة – بناء على طلب نائب الجمهورية أو ذوي الشأن– أن تحكم بوفاته، سواء تم الفقد في فرنسا أو في خارج فرنسا (فقرة ١).

كما يجوز للمحكمة، إذا توافرت نفس الشروط، أن تحكم بوفاة كل أجنبي أو عديم الجنسية، يفقد في أحد الأقاليم التابعة لسيدة فرنسا، أو على متن أحدى السفن أو الطائرات الفرنسية، حتى لو كان الفقد قد تم في الخارج، ما دام الأجنبي أو عديم الجنسية كان قد اتخذ موطنه أو محل إقامته المعتاد في فرنسا (فقرة ٢).

وأخيرا، يجوز إعلان الوفاة قضائيا، طبقا للإجراءات السابقة، عندما تكون الوفاة مؤكدة ولكن لم يعثر على جثة المفقود (فقرة ٣).

مما تقدم يتضح أن المشرع الفرنسي لا يشترط مضي مدة معينة للحكم بوفاة المفقود، حيث يمتع القاضي بسلطة تقديرية في هذا الخصوص.

ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي نصت عليها المادة ل١٤٢-٣ من تقنين الطيران المدني التي تقرر أنه إذا اختفت إحدى الطائرات دون أن ترد أية أنباء عنها، اعتبرت هذه الطائرة مفقودة بعد مرور ثلاثة أشهر على انقطاع أخبارها. وبعد مضي هذه المدة يمكن الحكم بوفاة الأشخاص الذين كانوا على متنها، طبقا للمواد ٨٧-٨٩ من التقنين المدني.

ويختص وزير الطيران المدني بإعلان توافر القرينة الدالة على فقدان الطائرة، ويلتزم بأن يرسل جميع الأوراق التي تمكن المحكمة من التحقق من وفاة الأشخاص المفقودين إلى النيابة (المحامي العام) الكائنة في دائرة المحكمة الاستئنافية المختصة.

كما يجوز لذوي الشأن أن يلجأوا إلى القضاء طبقا للمادة ٩٠ من التقنين

المدني من أجل الحصول على حكم بوفاة المفقود. وفي هذه الحالة تقوم النيابة العامة بإبلاغ وزير الطيران المدني بهذا الطلب [1].

المطلب الثاني

عدم العلم بمكان الشخص الغائب وبحياته أو مماته

١٢٦- تشترط القوانين المقارنة للحكم بوفاة الشخص الغائب انقطاع الشخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته وانقطاع أخباره بحيث لا يعلم أحيي هو أم ميت.

ففي الفقه الإسلامي يذهب اتجاه إلى أنه يلزم الجهل بحال الغائب (المفقود) بحيث لا تعلم حياته من مماته. من ذلك ما ذهب إليه العلامة السرخسي من أن " المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، لخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر

---

(1) Art. L.142-3 du Code de l'aviation civile : " Au cas de disparition sans nouvelles d'un aéronef, l'appareil est réputé perdu trois mois après la date de l'envoi des dernières nouvelles.

Le décès des personnes se trouvant à bord de l'aéronef peut, après expiration de ce délai, être déclaré par jugement par application des articles 87 à 89 du code civil.

Il appartient au ministre chargé de l'aviation civile de déclarer, le cas échéant, la présomption de disparition et d'adresser au procureur général près la cour d'appel compétente les réquisitions nécessaires pour la constatation judiciaire des décès des personnes disparues.

Les intéressés peuvent également se pourvoir, conformément à l'article 90 du code civil, à l'effet d'obtenir la déclaration judiciaire d'un décès. La requête, en ce cas, est communiquée par le ministère public au ministre chargé de l'aviation civile".

اللقاء إلى يوم التناد" [1]. في المقابل، يذهب رأي أخر في الفقه الإسلامي إلى أنه يشترط في الغائب ألا يعرف مكانه ولا حياته ولا موته. من هذا الرأي ابن عابدين[2]، و شمس الدين الدسوقي [3].

وفي القانون الفرنسي، يشترط في الشخص الغائب حتى يحكم بموته بأن يتوقف عن الظهور في مكان محل إقامته أو موطنه وأن تنقطع أخباره ولا يعلم هل هو حي أم هو في عداد الأموات.

أما في القانون المصري، فقد اشترط من ضمن الحالات لاعتبار الشخص غائبا أن يكون مفقودا لا تعرف حياته من مماته.

---

(١) المبسوط، الجزء الحادي عشر، ص ٣٤.

(٢) حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص ٢٩٢.

(٣) حاشية الدسوقي على شرح الدردير، ج٢، ص ٥٦١.

الفصل الثالث

آثار الحكم بوفاة الشخص الغائب

الفصل الثالث
آثار الحكم بوفاة الشخص الغائب

١٢٧- يترتب على صدور الحكم القضائي أو القرار باعتبار الشخص الغائب ميتا أن تنتهي شخصيته القانونية وتترتب جميع الآثار التي تترتب على الوفاة الطبيعية.

وينتج الحكم بوفاة الشخص الغائب آثارا ذات طبيعة مالية، وأخرى ذات طبيعة غير مالية.

ونتناول هذه الآثار في كل من الشريعة الإسلامية والقانون المصري (المبحث الأول)، وفي القانون الفرنسي (المبحث الثاني).

المبحث الأول
أثار الحكم بوفاة الشخص الغائب
في القانون المصري والشريعة الإسلامية

١٢٨- ذكرنا سابقا أنه يترتب على الحكم بوفاة الشخص الغائب ما يترتب على الوفاة الطبيعية من آثار.

ويترتب على ذلك، من ناحية، أن تعتد زوجة الغائب الذي حكم بموته عدة وفاة من تاريخ صدور هذا الحكم أو من تاريخ نشر قرار رئيس الوزراء أو وزير الدفاع في الجريدة الرسمية.

وبعد انتهاء فترة العدة، تستطيع زوجة الغائب الذي حكم بموته الزواج مرة أخرى إذا رغبت في ذلك.

وفترة العدة مقدارها أربعة أشهر وعشرة أيام(١). وذلك لقوله عز وجل في كتابه الكريم: " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا". وإذا كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها (٢) وقيل غير ذلك(٣).

---

(١) وقد نصت المادة ٥٩ من قانون الأسرة الجزائري على هذا الحكم بقولها: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، ويرى الفقه أن الأصح أن تحسب العدة من تاريخ الحكم بموته وليس من تاريخ الحكم بفقده: انظر: أ/ دليلة براف، أحكام المفقود، رسالة المسجد، العدد الخامس، شوال ١٤٢٤ هـ/ ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ٣٦، وبصفة خاصة انظر ص٤٢، كما يمكن الإطلاع على هذا البحث على الموقع التالي:

www.marwakf-dz.org/rissala-masjed/Edition5/7.doc

(٢) هذا الوضع لم يكن متصورا عندما كانت اقل مدة للحكم بموت المفقود هي سنة، أما الآن وبعد تقليل هذه المدة إلى خمسة عشر يوما في حالة الفقد الذي يتم على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت فأصبح من المتصور أن يحكم بوفاة الشخص المفقود وزوجته لم تضع حملها بعد.

(٣) وهناك من يرى إن المتوفى عنها زوجها وهي حامل إذا وضعت حملها قبل القضاء أربعة أشهر

ومن ناحية أخرى، أن تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو وقت نشر القرار في الجريدة الرسمية. فإذا كان أحد من ورثته قد توفى قبل صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية فإنه لا يرث في تركة المفقود، وذلك لتخلف شرط الميراث وهو تحقق حياة الوارث عند وفاة المورث.

وأخيرا، إذا كان أوقف للمفقود نصيبه احتياطا في تركة مورثه أو أوصي له بوصية ومات المورث أو الموصي قبل الحكم بموت المفقود أو نشر القرار في الجريدة الرسمية، يرد هذا النصيب أو هذه الوصية إلى ورثة المورث أو الموصي، ولا يقسم على ورثة المفقود، لأن المفقود يعتبر ميتا في خصوص هذه الحقوق من وقت الغياب وليس من وقت الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية (١).

١٢٩- المدى الزمني لأثر الحكم أو القرار بوفاة الشخص الغائب. يظهر مما تقدم أن الحكم بوفاة الشخص يسري كقاعدة من وقت صدوره وبالنسبة للمستقبل فقط، وكذلك الحال بالنسبة للقرار فإنه يسري من يوم نشره في الجريدة الرسمية وبالنسبة للمستقبل فقط.

ولكن هذه القاعدة تتحدد فقط بما يخص أموال الشخص المفقود، أما بالنسبة لأموال الغير فإن المفقود يعتبر ميتا من يوم الفقد وليس من يوم صدور الحكم بوفاته أو من يوم نشر القرار في الجريدة الرسمية (٢).

وعشرة أيام، فإن عدمًا لا تنقضي بوضع الحمل بل لا بد من انتظار مضي المدة بتمامها، أما إذا انقضت مدة أربعة أشهر وعشرة أيام قبل الوضع فإن عدمًا لا تنقضي إلا بوضع الحمل، لأنه حمل الزوج المتوفي فتجب صيانته، ودليلهم على ذلك قوله تعالى: {والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً} فإنها عامة تشمل الحامل والحائل، أي غير الحامل. انظر في تفاصيل هذه المسألة: عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، قسم الأحوال الشخصية، دار الريان للتراث، ص ٤٧٥ وما يليها.

(١) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، نظرية الحق، رقم ١٠٣، ص ١٣٢.

(٢) د. محمد لبيب شنب، د. أسامة أبو الحسن، دروس في نظرية الحق، النشر دار النصر للتوزيع والنشر، ١٩٩٦، رقم ١٤١ مكرر، ص ١٨٠؛ د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ٦٨.

المبحث الثاني
آثار الحكم بوفاة الشخص الغائب
في القانون الفرنسي

١٣٠- حددت المادة ١٢٨ من التقنين المدني في فقرتها الأولى أثار الحكم الصادر بغياب الشخص بالنص على أنه ابتداء تسجيل هذا الحكم تترتب جميع أثار الوفاة الطبيعية (١). وترتيبا على ذلك، تنفصم عرى نظامه الزوجي(المادة ١٤٤١ من التقنين المدني)، ويجوز للزوج الآخر أن يعقد زواجا جديدا، وقد نصت على ذلك المادة ١٢٨ في فقرتها الثالثة بكل وضوح ومنعا لأي لبس بقولها أن الزوج الأخر يمكن، وقد انفصمت علاقته الزوجية بمقتضى الحكم المعلن للغياب، أن يعقد زواجا جديدا(٢).

كما تنقضي كل الإجراءات المتخذة لإدارة أموال الشخص الغائب والنيابة عنه في فترة غيابه (٢/١٢٨ من التقنين المدني) (٣).

وبالجملة، يترتب على الحكم المعلن للغياب كل اثار الوفاة الطبيعية للغائب، ومنها أن تركة الشخص تفتتح وتقسم بين ورثته، ومنها استحقاق

---

(1) Art.128/1 du Code civil : " Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus".

(2) Art.128/3 du Code civil : " Le conjoint de l'absent peut contracter un nouveau mariage".

(3) Art.128/2 du Code civil : " Les mesures prises pour l'administration des biens de l'absent, conformément au chapitre Ier du présent titre prennent fin, sauf décision contraire du tribunal ou, à défaut, du juge qui les a ordonnées".

مبالغ التأمين على الحياة لحين الوفاة assurance-décès من العقود التي كانت مبرمة على حياة الشخص الغائب [1].

١٣١- عدم رجعية أثر الحكم المعلن للغياب: يستخلص مبدأ عدم رجعية آثار الحكم المعلن للغياب من عبارات المادتين ١٢٨ و١١٩ من التقنين المدني.

تنص المادة ١٢٨ في فقرتها الثانية على أن الحكم المعلن للغياب يرتب آثاره ابتداء من تسجيله، وهذا يعني أنه يرتب الآثار ابتداء من إتمام الشهر الذي يجعله يحتج به على الغير، وذلك بالتطبيق للفقرة الأخيرة من المادة ١٢٧ من التقنين المدني [2].

كما تقرر المادة نفسها أن آثار هذا الحكم هي نفس أثار الوفاة الطبيعية للشخص الغائب.

ينتج من ذلك أن الغائب يجب أن يعتبر كأنه قد مات من تاريخ تسجيل الحكم الصادر بغيابه، وأنه في نفس التاريخ وليس قبل ذلك يجب أن تصفى

---

(١) مع ملاحظة أن غياب الشخص قد يتم في ظروف تعد خطرا مستبعدا من الضمان في عقد التأمين، وفي هذه الحالة لا يلتزم المؤمن إلا بدفع مبلغ يعادل الاحتياطي الحسابي للتأمين، تطبيقا للمادة ل ١٣٢-١٨ من تقنين التأمين:

H. LE ROY, L'assurance et le droit pécunaire de la famille, LGDJ, 1985, préface de D. MARTIN et avant-propos de P.ESTEVA, n° 412, p. 238, et les références citées par l'auteur

ويدخل المبلغ المستحق من عقود التأمين على الحياة في تركة الشخص الذي حكم بغيابه إذا لم يكن قد حدد مستفيدا من هذا المبلغ، فإذا كان قد عين مستفيدا أو أكثر في عقد التأمين على الحياة، في هذه الحالة يدفع المبلغ للمستفيد فقط. انظر في هذا المعنى: د. جلال محمد إبراهيم، التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، رقم ٤٩٨، ص ٧٨٩.

(2) Art. 127/3 du Code civil : " La transcription rend le jugement opposable aux tiers qui peuvent seulement en obtenir la rectification conformément à l'article 99".

حقوقه. ونتيجة لذلك، لا يرتب إعلان الغياب آثاره إلا بالنسبة للمستقبل. ومن المفيد أن نلاحظ أنه بخصوص الإعلان القضائي للوفاة، تقرر المادة ٩٠ من التقنين المدني في فقرتها الثالثة انه يجب على المحكمة أن تحدد تاريخ الوفاة المعلنة آخذة في الاعتبار القرائن المستمدة من ظروف القضية، وإلا عد يوم الفقد هو يوم الوفاة، لأنه لا يجوز مطلقا أن يكون هذا التاريخ غير محدد(١).

(1) Art. 90/3 du Code civil : "Si le décès est déclaré, sa date doit être fixée en tenant compte des présomptions tirées des circonstances de la cause et, à défaut, au jour de la disparition. Cette date ne doit jamais être indéterminée"

الباب الرابع

عودة الغائب بعد الحكم بموته

الباب الرابع
عودة الغائب بعد الحكم بموته

١٣٢- يحدث في فروض ليست قليلة أن يعود الشخص الذي حكم بموته مرة أخرى للظهور. وبعودة الغائب تترتب العديد من الاثار القانونية على شخصيته القانونية وأمواله وأحواله، كما تحتاج هذه العودة إلى ضرورة اتخاذ إجراءات معينة لتحقيق هذه المسألة. كما أن هذه العودة قد تمس بالغير الذي اكتسب حقا أو أكثر من حقوق الشخص الغائب بعد الحكم باعتباره ميتا.

١٣٣- النصوص القانونية: في القانون المصري، تحكم عودة الغائب بعد الحكم بموته المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (زوجة المفقود)، والمادة ٤٥ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ (ميراث المفقود من الغير). وقد ذكرنا فيما سبق نصوص مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وبعض قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية التي تعالج عودة الغائب والمفقود حيا بعد الحكم بموته.

١٣٤- مبدآن يحكمان عودة الغائب بعد الحكم بموته: من النصوص المتقدمة نستخلص قاعدتين أو مبدأين يحكمان عودة الغائب بعد الحكم بموته:

المبدأ الأول: يترتب على ظهور الغائب مرة أخرى بعد الحكم بموته استرداد شخصيته القانونية.

المبدأ الثاني: ضرورة حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقا أو أكثر خلفا للغائب الذي حكم بموته. مثل هذا الشخص تجب حمايته في حدود ما تسمح به القواعد من حماية الغير حسن النية [1].

---

(١) يظهر هذان المبدآن جليا في الكتابات الفقهية. من ذلك ما يقرره الأستاذ الدكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، رقم ٩٧، ص ٢٢٢" إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، فإن أثر هذا الحكم يزول، ويكون له بالتالي أن يسترد أمواله، ولكن بشرط ألا يضر هذا الاسترداد بحقوق الغير على هذه الأموال"، وما يقرره

١٣٥-الإجراءات القانونية اللازمة لاسترداد الغائب لشخصيته القانونية: لا نظن أنه بعودة الغائب الذي حكم بموته يسترد تلقائيا شخصيته القانونية وما يترتب على ذلك من أثار، بل يلزم اتخاذ إجراءات معينة، وحتى لو فرض أنه يسترد بقوة القانون شخصيته القانونية، وربما هذا هو الصحيح في القانون المصري، فإن وضع هذا الاسترداد موضع التطبيق قد يحتاج إلى إجراءات قانونية معينة.

١٣٦- تقسيم: مما تقدم نجد من المناسب أن نقسم دراسة عودة الغائب الذي حكم بموته إلى جزئين في الأول تناول المبادئ التي تحكم مسألة عودة الغائب الذي حكم بموته (الفصل الأول)، وفي الثاني نعالج الإجراءات القانونية اللازمة لاسترداد الغائب العائد لشخصيته القانونية وما يترتب عليها من أثار (الفصل الثاني).

الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار، المدخل المعاصر لفقه القانون، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٣٤١، " وإذا ظهر المفقود الذي حكم بموته حيا، فإن شخصيته تعود إليه ويترتب على هذا العود آثار لا تضر بالغير حسن النية، سواء فيما يتعلق بزوجته وأمواله".

الفصل الأول

المبدآن اللذان يحكمان عودة الغائب الذي حكم بموته

الفصل الأول

المبدآن اللذان يحكمان عودة الغائب الذي حكم بموته

١٣٧- في حالة عودة الغائب الذي حكم بموته، يسترد العائد شخصيته القانونية وما يترتب على ذلك من أثار(المبحث الأول)، غير أن هذا الاسترداد يجب ألا يضر بالغير حسن النية (المبحث الثاني).

وإذا كان المبدآن المتقدمان يسودان القانون المصري والقانون الفرنسي وغيرهما من القوانين المعاصرة، إلا أن بعض الفقه الإسلامي وبعض الفقه المصري لا يرتب أي أثر على حسن نية الغير الأمر الذي يستدعي التعرض لتقدير هذين المبدأين (المبحث الثالث).

المبحث الأول
استرداد الغائب العائد لشخصيته القانونية

١٣٨- رأينا أنه يترتب على صدور حكم أو قرار باعتبار الغائب ميتا، انقضاء شخصيته القانونية، ويترتب على ذلك اعتداد زوجته عدة وفاة وتقسم أمواله على ورثه، وكل ذلك ابتداء من تاريخ صدور الحكم أو القرار القاضي بموت الشخص الغائب.

غير أنه قد يظهر فيما بعد أن الحكم أو القرار القاضي باعتبار الغائب ميتا قد أخطأ في تقدير الواقع وأن الشخص الذي حكم باعتباره ميتا لا يزال على قيد الحياة، في مثل هذا الفرض يسترد الفرد لشخصيته القانونية (١).

١٣٩- ويلاحظ أنه سواء استرد الغائب العائد شخصيته القانونية بقوة القانون أو باتخاذ إجراءات معينة، فإنه يترتب على هذا الاسترداد أثار معينة فيما يتعلق بزوجته وأمواله.

١- بالنسبة للزوجة، فقد نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه " إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له، ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول".

من هذا النص يتضح أن زوجة المفقود تعود إليه بعد ظهوره حيا ما لم تكن قد تزوجت، أما إذا كانت قد تزوجت بعد الحكم باعتباره ميتا، فإنها تعود إليه أيضا كقاعدة عامة.

---

(١)د. أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٦٥، ص ٦٨٧؛ د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق (بالاشتراك مع د. أسامه أبو الحسن)، الناشر دار النهضة للتوزيع والنشر، ١٩٩٦، ص ١٨١؛ د. محمود السيد عبد المعطي خيال، نظرية الحق، ص ١٣٢ وما بعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثاني، نظرية الحق، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٩٨.

٢- بالنسبة للأموال، إذا كانت قسمت بين الورثة فإنه يسترد ما كان قائما منها في أيديهم، ويسترد أيضا ما يوجد في أيدي ورثة مورثه من نصيبه، كما يسترد نصيبه الموصى له به من أيدي من آلت إليهم.

أما استرداد ما أنفق من هذه الأموال فإنه يتوقف على نية المتصرف والمتصرف إليه، كما سنرى حالا في تناولنا للمبدأ الثاني الذي يحكم عودة الغائب إلا وهو مبدأ حماية الغير حسن النية.

المبحث الثاني
حماية الغير حسن النية

١٤٠- يتبنى القانون المصري مبدأ وجوب مراعاة الغير حسن النية الذي كسب حقا أو أكثر في فترة غياب الشخص. ويتجلى هذا المبدأ في مظهرين: زوجة الغائب (المطلب الأول)، وأمواله (المطلب الثاني).

المطلب الأول
حماية الغير حسن النية الذي تزوج زوجة الغائب

١٤١- نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه " إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له، ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول".

ويستخلص من هذا النص أن القاعدة العامة أن الزوجة تعود إلى زوجها الغائب الذي يعود مرة أخرى.

غير أنه استثناء من القاعدة المتقدمة تبقى الزوجة للغير (الزوج الثاني) بشروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون الزوج الثاني لا يعلم بحياة الزوج الغائب.

الشرط الثاني: أن يكون الزوج الثاني قد دخل بالزوجة دخولا شرعيا صحيحا.

الشرط الثالث: ألا يكون الزوج الثاني قد عقد على الزوجة في عدة وفاة الزوج الأول.

وينتقد الفقه هذا الحل على أساس أنه لم يأخذ في الاعتبار ما إذا كان هناك أولاد أم لا، كما أنه يهمل إرادة الزوجة في المفاضلة بين الزوجين ومدة بقائها مع كل منهما[١].

---

(١) د. محمد لبيب شنب، د. أسامة أبو الحسن، دروس في نظرية الحق، رقم ١٤٢، ص ١٨٢؛ د. محمد وحيد محمد علي، نظرية الحق، ص ١٣٨.

أما في القانون الفرنسي، فتبقى الزوجة للزوج الثاني، لأنه يترتب على الحكم بوفاة الشخص انحلال زواجه ويظل منفصما ولو ألغي الحكم الصادر بالوفاة (م ١٣٢ من التقنين المدني). ويعني ذلك أنه بغض النظر عن حسن نية الزوجة أو زوجها الجديد فإن الرابطة الزوجية الأولى تنفصم عراها بمقتضى الحكم الصادر بالوفاة، ولا يبقى أمام الزوج العائد إلا الحصول على التعويضات المنصوص عليها في المادة ١٣٢ من التقنين المدني إذا كان قد تم الحصول على الحكم بالوفاة عن طريق الغش.

المطلب الثاني

حماية الغير حسن النية الذي كسب حقا على أموال الغائب

١٤٢-تتفق القوانين المقارنة على أن حماية الغير حسن النية الذي كسب حقا على أموال الغائب تفضل حماية الغائب الذي حكم بموته بمقتضى حكم قضائي أو قرار له ذات الأثر. ونعطي فكرة عن هذا المبدأ في القانون المصري والشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي.

١٤٣- في القانون المصري، لا يوجد نص صريح، على خلاف الحال بالنسبة للزوجة، يعالج فرض أثر عودة الغائب الذي حكم بموته على أمواله، ولكن يفهم من نص المادة ٤٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن الشخص العائد يأخذ ما تبقى من نصيبه في أيدي الورثة. لهذا فإنه تطبيقا لنص القانون المصري يجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وبصفة خاصة الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة.

١٤٤- وفي الشريعة الإسلامية، الرأي الراجح هو رأي الحنفية وهو في ذات الوقت رأي جمهور الفقهاء. وهو الرأي الذي يحمي الغير حسن النية.

ومؤدى هذا الاتجاه أن رجوع المفقود حيا بعد الحكم بموته من مقتضاه أن يحصل المفقود عينا على ما بقي من أمواله من أيدي الورثة أو غيرهم، أما ما

تلف أو استهلكه الورثة فلا يضمنوه، لأنهم عندما تصرفوا في هذا المال تصرفوا بناء على الحكم بملكه، والإنسان إذا تصرف في ملكه لا يضمن [1].

وهذا الرأي هو الواجب الإعمال أيضا في القانون المصري الذي نص على أن يحكم بما لم يرد فيه نص في قوانين الأحوال الشخصية والوقف بالرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة (المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية).

أكثر من ذلك أن هذا الحكم يستفاد، بمفهوم المخالفة، من نص المادة ٤٥ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الميراث، حيث تقرر هذه المادة أنه " يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحق من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته **أخذ ما بقى من نصيبه بأيدي الورثة**".

فالقول بأن المفقود الذي عاد يأخذ " ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة"، يفيد بأن ما أنفقه الورثة أو استهلكوه لا يرد إلى المفقود لاستحالة الرد عينا، ولا بمقابل لأنهم عندما تصرفوا فيه تصرفوا باعتبارهم مالكين بمقتضى الحكم الذي حكم بموت المفقود.

بالإضافة إلى ما تقدم تؤيد غالبية الفقه المصري الحكم المتقدم[2] استنادا إلى أن يد الورثة – ورثته في ماله وشركائه في ميراث غيره– كانت يدا شرعية

(١) انظر في ذلك: د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٤.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م، ص رقم ٢٧٠، ص ٤١٦؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ص ٢٢٣؛

على المال الذي تصرفوا فيه، إذ كان ذلك بإذن الشارع وبحكم قضائي صحيح، ولهذا لا يجوز الرجوع عليهم بشيء، كما لا يجوز كذلك الرجوع على من تصرفوا إليه قبل ظهور حياة المفقود(١).

والحكم المتقدم إنما قرر حماية لحسن نية من اكتسب حقا على أموال الشخص الغائب وهو لا يعلم بأنه لا يزال على قيد الحياة. وبالتالي تنتفي الحكمة من تقريره إذا كان الغير الذي اكتسب حقا على أموال الشخص الغائب سيء النية أي يعلم بحياة الشخص الغائب. وترتيبا على ذلك، يجمع الفقه على أن الغير سيء النية يلتزم برد كل ما تلقاه من حقوق على أموال الغائب أما عينا إذا أمكن الرد عينا وإما بمقابل إذا استحال الرد العيني(٢).

١٤٥- والحكم المتقدم معمول به أيضا في القانون الفرنسي. وتطبيقا لذلك، تنص المادة ١٣٠ من التقنين المدني على أنه يكون للغائب الذي تثبت حياته بمقتضى حكم قضائي أن يسترد أمواله والأموال التي كسبها أثناء غيابه بحالتها التي توجد عليها، كما له أن يسترد المقابل الذي دفع ثمنا للأموال التي تم التصرف فيها أو الأموال التي اكتسبت في مقابل دفع من أمواله أو من دخل له" (٣).

من هذا النص يبدو أن استرداد الغائب العائد لأمواله يغطي النقاط الثلاث الآتية:

---

(١) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ص ٢٢٣؛

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، ١٩٨٨، رقم ٥٠٩، ص ٤٥٦ وما بعدها؛

(3) Art.130 du Code civil : " L'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit".

١- أمواله في الحالة التي توجد عليها.

٢- ثمن أو مقابل الأموال التي تم التصرف فيها.

٣- الأموال المكتسبة بمقابل دفع من أمواله من دخوله.

أما الدخول التي لم تستخدم في اكتساب أموال، فهي من المرجح، في غيبة النصوص التي تقرر أحكاما مخالفة، تكون من نصيب الغير أو الخلف الذي استفاد بها، وذلك طبقا للمبادئ المنصوص عليها في المادة ٥٤٩ من التقنين المدني[١].

والمادة ٥٤٩ سالفة الذكر تعطي للحائز الحق في الثمار إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم بأن يرد الثمار مع الشيء للمالك، وإذا كانت الثمار قد استهلكت فإنه يلتزم برد قيمتها وقت الاسترداد[٢].

وأخيرا، تقرر المادة ١٣١ من التقنين المدني حق الشخص العائد في أن يحصل من الشخص سيء النية الذي حصل على حكم بوفاة الغائب عن طريق الغش في الحصول على إيرادات الأموال التي انتفع بها خلال فترة غيابة والفوائد القانونية عن هذه الإيرادات من يوم قبضها وأخيرا تعويض تكميلي عن باقي الأضرار التي تحدث.

---

(1) J. BERNARD de SAINT AFFRIQUE, L'absence, n° 81, p.85.

(2) Art.549 du Code civil : " Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement".

المبحث الثالث

تقدير المبدأين اللذين يحكمان عودة الغائب

١٤٦-وضح مما تقدم أن القانون المصري يطبق المبدأين بأمانة. ولا يمثل الموقف المتقدم الموقف في القانون المصري فقط بل يشاركه فيه أيضا القانون الفرنسي ومشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والقانون الاتحادي للأحوال الشخصية بدولة الإمارات العربية المتحدة وغير ذلك من القوانين المعاصرة.

غير أن جانبا من الفقه الإسلامي والفقه المصري لا يؤيد المبدأ الثاني الخاص بحماية الغير حسن النية. ونقول كلمة عن هذا الاتجاه.

ففيما يتعلق بالفقه الإسلامي، يذهب الحنابلة إلى تبني رأي مخالف مقتضاه أن المفقود إذا عاد حيا بعد قسمة ماله بين ورثته فإنه يأخذ من الورثة أو من غيرهم ما يجده بعينه من أمواله في أيديهم لأنه قد تبين برجوعه عدم زوال ملكه عنها، ثم له أن يرجع عليهم بباقي الأموال بمثل المثلي وقيمة المتقوم لتعذر رده بعينه [(١)].

أما فيما يخص الفقه المصري، فيذهب جانب منه إلى أن فكرة الحلول العيني التي عني المشرع بتنظيمها تقتضي التقرير بأن يكون للمفقود الذي تبينت حياته بعد الحكم بموته أن يسترد ما بقي من أمواله بأيدي الورثة، وكذلك الأموال التي يكون الورثة قد اكتسبوها كبديل أو كمقابل لما تصرفوا فيه من هذه الأموال[(٢)].

---

(١) انظر البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ١٥، ص ٤٧٦: (فَإِنْ قَدِمَ) الْمَفْقُودُ (بَعْدَ قَسْمِهِ) أَيْ الْمَالِ (أَخَذَ مَا وَجَدَهُ) مِنْ الْمَالِ (بِعَيْنِهِ) بِيَدِ الْوَارِثِ أَوْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ عَدَمُ انْتِقَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ (وَرَجَعَ عَلَى مَنْ أَخَذَ الْبَاقِيَ) بَعْدَ الْمَوْجُودِ بِمِثْلِ مِثْلِيٍّ وَقِيمَةِ مُتَقَوِّمٍ؛ لِتَعَذُّرِ رَدِّهِ بِعَيْنِهِ".

(٢) قال بهذا الرأي د. إسماعيل غانم، نظرية الحق، ص ١٨٤ أشار إليه د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، رقم ٥٠٩، ص ٤٥٧، هامش رقم ٩٠؛ د. حسن كيرة، أصول القانون، ص ٧٣٦ هامش رقم ١.

ويبرر بعض الفقه هذا الحكم بالقول بأن أبسط قواعد العدالة تملي الأخذ بفكرة الحلول العيني، فالعدالة تأبى أن يحرم المفقود من استرداد هذه الأموال خاصة وأن الورثة قد يكونون أيسر منه حالا وأكثر منه مالا، ولا يغير من ذلك الاستناد إلى الحكم المقرر لوفاة المفقود، حيث قد تبين فساده برجوع المفقود وثبوت حياته [1].

وقد يكون في تقرير هذا الحكم حماية أكثر للشخص الغائب الذي تبين أنه حي بعد الحكم بموته وذلك بإحكام التنظيم القانوني حتى لا يستطيع أي شخص من أصحاب المصلحة في اعتبار الشخص الغائب ميتا التلاعب بهذا التنظيم أو التحايل عليه. ولكن يظل هذا القول مخالفا لنص القانون (انظر المادة ٤٥ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) ولرأي جمهور الفقه في الشريعة الإسلامية والقانون المصري.

(١) د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، ص ١٥٨.

الفصل الثاني

الإجراءات القانونية اللازمة
لاسترداد الغائب العائد
لشخصيته القانونية

الفصل الثاني
الإجراءات القانونية اللازمة
لاسترداد الغائب العائد لشخصيته القانونية

١٤٧- أفرد القانون الفرنسي إجراءات معينة يلزم إتباعها حتى يسترد الغائب العائد شخصيته وما يترتب على ذلك من آثار (المبحث الأول)، في حين لم يورد القانون المصري أو القوانين العربية الأخرى مثل هذه الإجراءات (المبحث الثاني).

المبحث الأول
إجراءات استرداد الغائب العائد شخصيته القانونية في القانون الفرنسي

١٤٨- نص المشرع الفرنسي على إجراءات معينة يجب إتباعها حتى يسترد الغائب الذي حكم بموته إذا ظهر مرة أخرى بين الأحياء.

" فإذا عاد الشخص الذي كان محلا لحكم بالغياب أو بالوفاة أو عرفت أخبار بأنه لا يزال على قيد الحياة وإن لم يعد، فإنه يجب إلغاء الحكم الصادر بالغياب أو بالوفاة وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالمادة ٩٢ من التقنين المدني بالنسبة للإعلان القضائي للوفاة ووفقا للإجراءات المنصوص عليها بالمادة ١٢٩ من ذات التقنين بالنسبة للإعلان القضائي للغياب.

بالنسبة لإلغاء الحكم الصادر استنادا إلى المادة ١٢٢ وما بعدها من التقنين المدني، تقدم المادة ١٢٩ من ذات التقنين الأحكام الضرورية التالية.

من ناحية، يجب أن يقدم طلب الإلغاء من نائب الجمهورية أو من كل طرف من الأطراف المعنية، أي أن طلب إلغاء الحكم يمكن أن يقدم من نفس الأشخاص الذين لهم حق طلب الحكم بالغياب (م ١/١٢٩).

غير أن تعبير " الأطراف المعنية" الموجود بالمادة ١٢٢ بالنسبة لإعلان الغياب لا يتطابق مع ذات التعبير المستخدم بالمادة ١٢٩ بالنسبة لإلغاء الحكم الصادر بالغياب، حيث أنه في الحالة الثانية يكون الشخص العائد نفسه هو صاحب المصلحة الأول في إلغاء الحكم.

ومن ناحية ثانية، تقرر المادة ١٢٩ في فقرتها الثانية أن الطرف صاحب المصلحة إذا أراد ينيب أحد عنه في طلب إلغاء الحكم المعلن للغياب فلا يكون ذلك إلا لمحام مسجل بنقابة المحامين. معنى ذلك أن الشخص صاحب المصلحة في إلغاء الحكم مجبر على توكيل محام عنه، ولكن إذا أراد أن ينيب عنه أحد فلا يكون ذلك إلا لمحام مسجل بالنقابة.

ومن ناحية ثالثة وأخيرة، تنظم المادة ١٢٩ في فقرتها الأخيرة شهر الحكم

الصادر بالإلغاء بنصها على أن يتم ذكره في سجلات الحالة المدنية في هامش الحكم الصادر بالغياب وفي كل سجل تمت فيه الإشارة إلى هذا الحكم (أي الصادر بالغياب).

أما إذا تم إعلان الوفاة وفقا للمادة ٨٨ وما بعدها من التقنين المدني، فإن إلغاء هذا الحكم يتم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في ٩٢ من التقنين المدني.

وتحدد المادة ٩٢ العناصر الآتية:

أولا: إذا ظهر من حكم بموته قضائيا حيا بعد الحكم بموته، يمكن لنائب الجمهورية أو كل ذي شأن أن يطلب إلغاء الحكم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد ٨٩ وما بعدها (فقرة[1]).

ثانيا: تطبق نصوص المواد ١٣٠، ١٣١، ١٣٢ عند الاقتضاء (فقرة ٢)[2].

والمادة ١٣٠ تتحدث عن استرداد الشخص العائد لأمواله. أما المادة ١٣١ فتثير مسئولية كل شخص صاحب مصلحة حصل عن طريق الغش على حكم بالغياب وذلك بأن يرد للغائب العائد إيراد الأموال التي انتفع بها والفوائد القانونية عن هذه الإيرادات من يوم قبضها مع عدم الإخلال بالحق في التعويض التكميلي عند الاقتضاء. وأخيرا، تقرر المادة ١٣٢ بقاء زواج الغائب منفصما حتى مع إلغاء الحكم الصادر بالغياب.

ثالثا وأخيرا، يجب أن يؤشر بإلغاء الحكم في هامش تسجيله (فقرة ٣))[3].

---

(1) Art.92/1 du Code civil : " Si celui dont le décès a été judiciairement déclaré reparaît postérieurement au jugement déclaratif, le procureur de la République ou tout intéressé peut poursuivre, dans les formes prévues aux articles 89 et suivants, l'annulation du jugement".

(2) Art.92/2 du Code civil : " Les dispositions des articles 130, 131 et 132 sont applicables, en tant que de besoin".

(3) Art.92/3 du Code civil : " Mention de l'annulation du jugement déclaratif sera faite en marge de sa transcription".

المبحث الثاني

إجراءات استرداد الغائب العائد شخصيته في القانون المصري

١٤٩- لم ينص القانون المصري على إجراءات يجب اتخاذها إذا ظهر الشخص الغائب الذي حكم بموته، ولكنه وضع أحكاما موضوعية فيما يتعلق بزوجته وميراثه كما مر بنا.

في هذه الحالة ما هو الموقف ؟

والسؤال الهام الذي يثور في هذا الصدد: هل يسترد الشخص العائد شخصيته القانونية تلقائيا وبقوة القانون أم أن الأمر يحتاج إلى اتخاذ إجراء قانوني معين لهذا الاسترداد؟

يفهم من كلام بعض الفقهاء أنه يسترد شخصيته القانونية تلقائيا وبقوة القانون دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء.

وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ الدكتور أحمد سلامه: " في هذه الحالة تستمر شخصية الفرد القانونية ويعتبر كأن لم يفقدها في يوم من الأيام وتزول كل الآثار التي ترتبت على صدور الحكم" (١).

على الجانب الأخر يفهم من كلام اتجاه أخر من الفقه أن العائد يسترد شخصيته بما يعني أنها كانت قد انقضت، غير أنه لم يظهر من هذا الاتجاه ما إذا كان يلزم اتخاذ إجراء قانوني أو آن الأمر يتم بقوة القانون.

من ذلك ما كتبه الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب من أنه " من المقرر أن شخصية المفقود تعود إليه، وهي تعود بأثر رجعي فتعتبر أنها لم تنقض في يوم من الأيام" (٢).

---

(١) د. أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٦٥، ص ٦٨٧.

(٢) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق (بالاشتراك مع د. أسامه أبو الحسن)، الناشر دار النهضة للتوزيع والنشر، ١٩٩٦، ص ١٨١.

من ذلك أيضا ما يقرره الأستاذ الدكتور محمد حسام لطفي أنه: " إذا تبينت حياة المفقود عقد صدور الحكم أو نشر القرار بموته، يسترد شخصيته القانونية التي كانت قد انقضت، ويعتبر الحكم بموته كأن لم يكن[1].

من ذلك أيضا ما يقرره الأستاذ الدكتور محمود خيال من أنه " إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته- عاد أو لم يعد-، فإنه يترتب على ذلك سقوط الحكم الصادر بموته واعتباره كأن لم يكن، ومن ثم يسترد المفقود شخصيته القانونية التي كانت قد انقضت بالحكم بموته، حيث يعتبر أنه لم يفقد في يوم من الأيام"[2].

١٥٠- أيا كان الأمر بخصوص هذه المسألة، نرى أنه يجب اللجوء للمحكمة المختصة لاستصدار حكم يقرر عودة الشخص الذي سبق وحكم بموته ويزيل آثار الحكم الصادر بموته.

فإذا كان يترتب على تبين أن المفقود الذي حكم أو صدر القرار باعتباره ميتا مازال على قيد الحياة، أن " تنمحي أثار الحكم أو القرار بأثر رجعي وتصبح كأن لم تكن، ويعتبر الشخص وكأنه ما افتقد شخصيته القانونية في وقت ما" [3]، فإن ترتيب هذه الآثار يحتاج بلا شك إلى صدور قرار أو حكم جديد في هذا الشأن، كما رأينا في القانون الفرنسي.

---

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثاني، نظرية الحق، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٩٨.

(٢) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، نظرية الحق، ص ١٣٢ وما بعدها.

(٣) د. عبد الرازق حسين يس، الوجيز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٥-١٩٩٦، رقم ٣١٦، ص ٣٢٣.

الخاتمة

١٥١- استعرضنا في هذا البحث بعض الجوانب القانونية لغياب الشخص عن موطنه في بعض النظم القانونية المعاصرة.

في البداية عرضنا للتعريف بفكرة الغياب، في اللغة وفي القانون، ثم ذكرنا بعض النصوص القانونية التي تحكم هذه الفكرة في القانون المقارن.

وفي خطوة لاحقة تعرضنا لتقرير أو ملاحظة غياب الشخص عن موطنه، ثم بينا الآثار القانونية التي تترتب على هذه الملاحظة من الناحيتين المالية وغير المالية.

وبعد تقرير أو ملاحظة غياب الشخص إذا عاد الشخص أو مات فلا مشكلة في الأمر حيث يصفى الوضع على ما تبين من حال الشخص الغائب، أما إذا ظل مجهول الحال والمكان فلا مناص من الحكم بموته بعد فترة معينة، وهو الأمر الذي يترتب عليه آثار قانونية على المستوى المالي والمستوى الشخصي كذلك.

وأخيرا، يظل الاحتمال قائما في إمكانية عودة الشخص الذي حكم بموته، إذ أن الحكم بموته بني على الظن، وعودته حيا يقين، واليقين يزيل الظن ويمحو أثاره أو ما يمكن من آثاره.

١٥٢- وقد حاولنا في هذه الدراسة أن نقيم نظاما متكاملا بقدر الإمكان لموضوع غياب الشخص عن موطنه، أيا كانت صورة هذا الغياب. وتم ذلك من خلال المراحل التالية.

في المرحلة الأولى أخضعنا كل صور الغياب (أيا كانت تسميتها في القوانين محل المقارنة: عدم حضور، غيبة، فقد) لأحكام واحدة. وتتلخص هذه الأحكام في ضرورة صدور حكم بإثبات الغياب، ثم اتخاذ بعض الإجراءات القانونية اللازمة لحماية أموال الشخص الغائب وإدارة شئونه أثناء فترة غيابه.

وفي المرحلة الثانية، إذا انقطعت أخبار الشخص الغائب ولم نعد ندري هل هو لا يزال على قيد الحياة أم أصبح في عداد الأموات، هنا ينبغي الحكم باعتبار هذا الشخص ميتا بما يترتب على ذلك من آثار. وطبعا هذه المرحلة يمكن أن تكون امتداد للمرحلة الأولى، كما يمكن أن نبدأ بها مباشرة وهذا في حالة اختفاء أو فقد الشخص في ظروف يغلب فيها هلاكه. وتخضع هذه المرحلة في معظم القوانين المقارنة لأحكام واحدة، غير أن بعض القوانين نظرا لظروف تاريخية ورغبة في تميز نظامها القانوني عن غيره من النظم أوجدت أحكاما مختلفة تبعا لصور وحالات الغياب.

وفي المرحلة الثالثة والأخيرة، ونظرا لأن الحكم بموت الشخص الغائب قد بني على الظن، فإنه قد يتبين خطأ هذا الظن ويعود الغائب الذي حكم بموته أو تتبين أخباره ويعرف أنه لا يزال على قيد الحياة. وهنا يسيطر مبدآن على عودة الشخص الغائب وهما أنه يسترد شخصيته القانونية وأن هذا الاسترداد يجب ألا يضر بالغير حسن النية الذي كسب حقا على أموال الشخص الغائب أو تزوج امرأته بعد الحكم بموته. مع ملاحظة أن القانون الفرنسي يرتب على الحكم بموت الشخص الغائب انفصام زواجه ويظل هذا الزواج منفصما حتى لو ألغي الحكم الصادر بموته.

١٥٣- وقد ظهر لنا من خلال هذا البحث استقرار القواعد والأحكام الموضوعية للغياب في القانون المصري وغيره من قوانين الدول العربية، ويرجع ذلك إلى استقرار هذه الأحكام في الشريعة الإسلامية التي تمثل مصدر هذه القوانين. في المقابل، وجدنا أن هذه الأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي لاتتمتع بهذا القدر من الثبات في التنظيم، حيث كانت ولا زالت عرضة للتبديل والتغيير.

كما بدا لنا أيضا أنه على خلاف ثبات القواعد الموضوعية في تشريعات مصر والدول العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية، هناك نقص في التنظيم

الإجرائي لموضوع غياب الشخص عن موطنه فيما يتعلق بإثبات الغياب والفقد والحصول على حكم بالوفاة وأخيرا الحصول على حكم بإلغاء هذا الحكم في حالة عودة الغائب أو المفقود. أما القانون الفرنسي، فقد نظم هذه الإجراءات تنظيما تفصيليا يشمل تقريبا كافة جوانب هذه المسألة.

١٥٤- أخيرا، ندعو المشرع المصري إلى تنظيم مسألة الغياب بشقيها الموضوعي والإجرائي، وذلك بالحفاظ على القواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية وتنميتها، مع تكملة جوانب النقص في المسائل الإجرائية الضرورية لوضع القواعد الموضوعية موضع التطبيق.

وهنا نرجو أن تجد دعوتنا إلى إقامة نظام متكامل لكل صور الغياب صدى لدى القائمين على أمر سن القوانين وكذا المشتغلين بالقانون والشريعة في مصر وفي سائر الدول العربية.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الجزء الرابع: نسخة الكترونية، المكتبة الشاملة، الإصدار الثاني.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، طبعة إلكترونية على موقع: http://www.al-mostafa.com
- الشيخ/ أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الرابعة، نادي القضاة، ٢٠٠٣، تنقيح م/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم.
- د. أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٦٥.
- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- م/ أحمد نصر الجندي، التطليق والتفريق عند المسيحيين من المصريين، ١٩٩٣-١٩٩٤.
- م/ أحمد هبه، موسوعة مبادئ النقض في الإثبات في عشرين عاما، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء ١٥: نسخة الكترونية، المكتبة الشاملة، الإصدار الثاني.
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الدردير، الجزء الثاني: نسخة الكترونية، المكتبة الشاملة، الإصدار الثاني.
- السرخسي، المبسوط، الجزء الحادي عشر: نسخة الكترونية، المكتبة الشاملة، الإصدار الثاني.
- د. جلال محمد إبراهيم، التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

- د. جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
- د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، ١٩٨٨.
- د. حمدي عبد الرحمن (بالاشتراك مع د. فاروق الاباصيري)، مقدمة القانون المدني، الحقوق والمراكز القانونية، ٢٠٠٦-٢٠٠٧.
- أ/ دليلة براف، أحكام المفقود، رسالة المسجد، العدد الخامس، شوال ١٤٢٤ هـ/ ديسمبر ٢٠٠٣م، ص٣٦، ويمكن الإطلاع على هذا البحث على الموقع التالي:

www.marwakf-dz.org/rissala-masjed/Edition5/7.doc

- د. سهيل إدريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة عشرة، ١٩٩٨.
- د. عبد الرازق حسين يس، الوجيز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٥-١٩٩٦.
- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، قسم الأحوال الشخصية، دار الريان للتراث.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، وهي طبعة مأخوذة من طبعة دار الكتب المصرية الصادرة في سنة ١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م.

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات– آثار الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي.
- د. عبد العزيز بن محمد بن عثمان الربيش، التفريق بين الزوجين للغيبة، على الموقع التالي:

http://www.uqu.edu.sa/majalat/shariaramag/mag23/f09.htm

- د. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م؛ نسخة الكترونية على موقع: http://www.al-mostafa.com
- د. عبد الفتاح محمد أبو العينين، الاسلام والاسرة، عقد الزواج، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية، ١٩٨٧.
- د.عبد الله مبروك النجار، المدخل المعاصر لفقه القانون، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، الطبعة الخامسة د. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، الطبعة الخامسة.
- د. عبد الودود يحيى، د.نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، دراسات بكالوريوس التجارة في المعاملات المالية والتجارية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م.

- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، الطبعة الثانية، مكتبة دار القلم، المنصورة، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، طبعة ثالثة، مطبعة التأليف بالفجالة بمصر سنة ١٨٩٥، ناشره أمين هندية؛ نسخة الكترونية على موقع: http://www.al-mostafa.com
- د. لاشين محمد الغاياتي، دروس في الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- د. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي، ١٩٨٤.
- مجمع البحوث الإسلامية، قراراته وتوصياته في ماضيه وحاضره، الجزء الثاني، إعداد: عبد الرحمن العسيلي وماهر السيد الحداد، سلسلة البحوث الإسلامية، الأزهر الشريف، السنة التاسعة والثلاثون- الكتاب السادس- ١٤٢٩هـ -٢٠٠٨م.
- د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٣.
- د. محسن البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨.
- د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثاني، نظرية الحق، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٩٥-١٩٩٦.
- د. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

- د. محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، دار الفكر العربي، ٧٨-١٩٧٩.
- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق (بالاشتراك مع د. أسامه أبو الحسن)، الناشر دار النهضة للتوزيع والنشر، ١٩٩٦.
- د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- د. محمود السيد عبد المعطي خيال، نظرية الحق.
- د. ناصر إبراهيم المحيميد، حفظ حقوق الغائب والمفقود، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد الثاني والعشرون، ربيع الآخر ١٤٢٥هـ، ص ١٨٢.
- د. ناصر إبراهيم المحيميد، إثبات أحوال المفقود، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد ٢٣، رجب ١٤٢٥هـ، ص ١٨٤.
- يمكن الإطلاع على هذين البحثين على موقع مجلة العدل على شبكة الإنترنت: http://www.moj.gov.sa
- د. نجوى أبو هيبة، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ٢٠٠٧.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- BARBIER (L.), " Absents et non présents, réflexions autour de la loi du 28 décembre 1977", Gaz. Pal., 1978, 2e sem., doct., p.450.
- BERNARD de SAINT AFFRIQUE (J.), L'absence, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1997, préface de J. CARBONNIER
- Code civil français, 101e éd., Dalloz, 2002. Et pour la mise à jour de ses articles, on a consulté le site: http://www.legifrance.gouv.fr.
- CORNU (G.) (sous la direction de) Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, Quadrige, 2002.
- CORPART (I.), "TSUNAMI : Après la catastrophe en Asie, Des centaines de touristes français dont on est sans nouvelle : absence ou disparition ?",

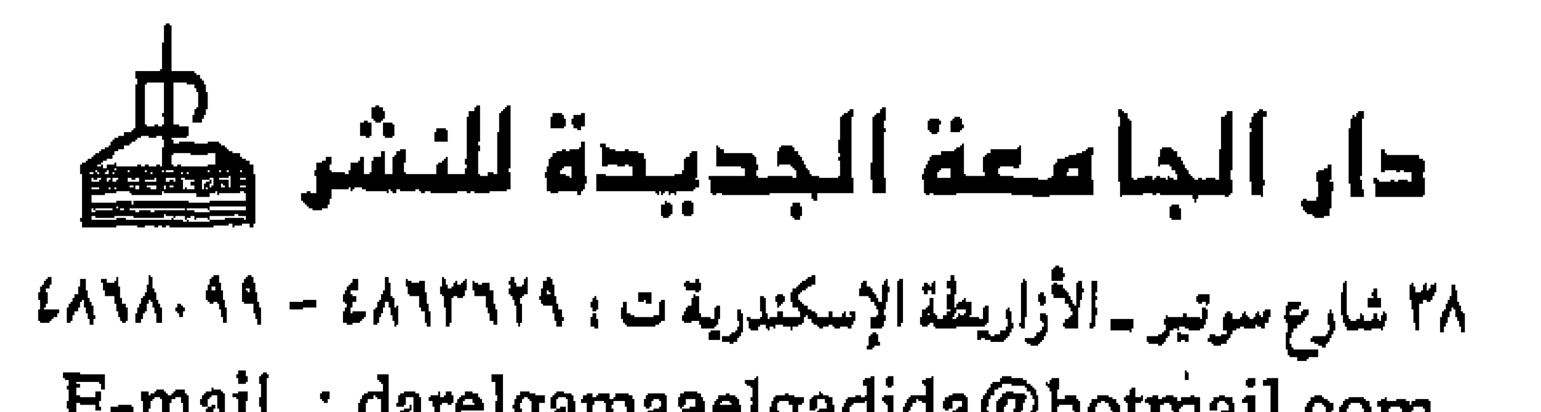
  http://www.jac.cerdacc.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/98c4b9fc2ed5792ec1256d640028f9d2/58b1389f85fc0306c1256f860033284d?OpenDocument
- DE LA MARNIERRE (E.-S.), " De l'absence", Gaz. Pal, 1978,1e sem., doct., p.239.
- HIEBLOT D.), " De l'absence à la disparition", La gazette Ant-trn, Le 22 novembre 2005 :

  http://www.webzinemaker.com/admi/m6/page.php3?page=3&total=81&num_web=34361&rubr=4&id=281871.
- JESTAZ (Ph.)," Absence", RTD civ., 1978, p.203.

- LE ROY (H.), L'assurance et le droit pécunaire de la famille, LGDJ, 1985, préface de D. MARTIN et avant-propos de P.ESTEVA.
- LEVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), Histoire du droit civil, Précis Dalloz, Paris, 2002.
- MALINVAUD (Ph.), Introduction à l'étude du droit, 9e éd., Litec, Paris, 2002.
- RAYNAUD de LAGE (N.), " La notoriété", D. 2000, chr.513.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), Introduction au droit, 5e éd., Litec, Paris, 2000.
- TERRE (F.), FENOUILLET (D.), Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, 7e éd., Précis Dalloz, 2005.
- VIVANT (M.), " Le régime juridique de la non – présence", RTD civ., 1982, p.1.
- WEILL (A.) et TERRE (F.), Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, Précis Dalloz, 5 éd., 1983.

الفهرس

رقم الإيداع	٢٠١٣/٤٢٠١
الترقيم الدولى I.S.B.N	
978-977-6410-61-9	



٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com   info@darggalex.com





ISBN: 978-977-6410-61-9
9 789776 410619

دار الجامعة الجديدة
٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون : ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email.darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com